Die Gerichtsverfassung der Carolina

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
RUDOLF BLANKENHORN
Regierungsreferendar
aus Ehingen (Donau)

1939

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Diss. Tübingen
1939.

* 454/14

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Feine

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung der Arbeit

Seite

1. Abschnitt: Einleitung: 5
2. Abschnitt: Kurze Darstellung der Geschichte der Gerichtsverfassung bis zur CCC 9
3. Abschnitt: Die Gerichtsverfassung der CCC 13
   A. Die Gerichtsbarkeit in peinlichen Sachen . . . 13
      I. Die peinlichen Gerichte im allgemeinen . . . 13
      II. Die zwei Arten der peinlichen Gerichte in der CCC . 14
         1. Die Gerichte der Landesherren und der Städte . 14
         2. Die Patrimonialgerichte 15
      III. Besondere Aufgaben und Pflichten des Gerichtsherrn 17
         1. Die Sorge für die Instandhaltung der Richtstätte . 17
         2. Die Gefängnisse sollen lediglich Bewahrungsanstalten sein 17
         3. Die Einziehung des Vermögens bei der Todesstrafe ist den Gerichtsherren untersagt 18
   B. Die Besetzung der peinlichen Gerichte 18
      I. Artikel 1 der CCC 18
      II. Die erforderliche Zahl der Schöffen 19
      III. Die Folgen eines nicht gehörig besetzten Gerichts . 22
   C. Die Gerichtspersonen 23
      I. Der Richter 23
         1. Der Begriff des peinlichen Richters . . . 23
         2. Seine staatsrechtliche Stellung 23
         3. Die Voraussetzungen für die Ernennung zum Richter 25
         4. Die Stellung des Richters in der CCC . . . 28
         5. Der kommissarische Richter 30
      II. Die Schöffen 31
         1. Allgemeines über das Amt der Schöffen . . 31
         2. Der Name „Schöffe“ 31
         3. Die Eigenschaften eines Schöffen 32
         4. Die Wahl zum Schöffen 32
         5. Der Schöffeneid 33
         6. Die Bedeutung der Schöffen 34
         7. Ihre Entlohnung 35
         8. Die Schöffen der CCC im Verhältnis zu unseren heutigen Schöffen und Geschworenen . . . 36

III. Der Gerichtsschreiber 36
1. Der Begriff des peinlichen Gerichtsschreibers . 36
2. Seine Eigenschaften 37
3. Die Ernennung des Gerichtsschreibers und seine Pflichten 38
4. Der Richter kann nicht zugleich das Amt des Gerichtsschreibers ausüben 41
IV. Die unteren Gerichtspersonen 41
1. Der Nachrichter (Scharfrichter) 42
a) Begriff und kurze Geschichte 42
b) Ihre bürgerliche Stellung 42
c) Die Bestellung des Nachrichters durch den Gerichtsherrn 43
d) Die Entlohnung des Scharfrichters . . . 43
e) Eigenschaften und Pflichten des Nachrichters . 43
f) Der Nachrichter der CCC ist nicht mehr Verkünder des Urteils 44
g) Der Schutz des Nachrichters bei der Vollstreckung des Urteils 44
2. Die andern niederen Gerichtspersonen . . . 45
D. Beratung und Abstimmung 45
I. Die Beratung 45
II. Die Abstimmung 46
E. Das Ratholen bei Oberhöfen, der Obrigkeit und den hohen Schulen 47
I. Das Institut der Aktenversendung 47
II. Die Aktenversendung als eine ältere Einrichtung . 48
1. Die alten Oberhöfe 48
2. Die Hofkanzleien 49
3 Die Zeit der CCC 50
III. Die Juristenfakultäten 52
1. Die Geschichte der Consilien 52
2. Die Spruchtätigkeit der Fakultäten 52
3. Die Zeit der CCC 53
IV. Die Folgen der Aktenversendung 53
V. Die Aktenversendung als Ursprung der Apellation . 53
VI. Schlußbemerkungen zur Aktenversendung , . . 54
F. Der Grundsatz der Öffentlichkeit 54
I. Die Öffentlichkeit vor der Carolina 54
II. Die Öffentlichkeit in der CCC 55
4. Abschnitt: Schlußbetrachtungen 59
A. Zusammenfassendes Bild der Gerichtsverfassung der CCC 59
B. Ausblick 60

1. Abschnitt

Einleitung

Aufgabe und Sinn einer jeglichen Gerichtsverfassung ist es, daß die Gerichte selbst durch zweckmäßige Einrichtung und durch ein gutes Einvernehmen unter einander befähigt sind, möglichst gerechte Entscheidungen für das Volk zu treffen. Die Gerichtsverfassung gibt dem einzelnen Gericht seine „Physiognomie“ [1]), sie bestimmt, wie es besetzt sein soll, wie es tätig werden soll, sie verteilt durch Kompetenzvorschriften die einzelnen Aufgaben, die zu erledigen sind.

An dieser „Physiognomie des Gerichtes“ beurteilt das Volk das Recht überhaupt; denn die abstrakten Gesetzesvorschriften zu kennen, ist das Volk als Ganzes außerstande. Es sieht nur an der Handhabung des Rechts, ob das Recht selbst gut oder schlecht ist, es versteht z. B. sehr leicht die im einzelnen Fall ergangenen Entscheidungen. So kommt es, daß die Gerichtsverfassung zusammen mit dem Verfahren im gesamten Rechtsleben des Volkes den populärsten Teil darstellt. Daher interessiert es das Volk im allgemeinen weniger, wenn ein Gesetz erlassen wird, das nur materiell-rechtliche Vorschriften enthält; um so tiefer aber wird vom Volk empfunden, wenn irgend etwas an der rechtlichen Ordnung geändert wird. Als in Deutschland das römische Recht rezipiert wurde, war es die Gerichtsverfassung, namentlich die Verfassung der unteren Gerichte, die sich am längsten gegen das fremdländische Recht wehrte. Erst ganz allmählich gegen Ende des 16. Jahrhunderts gingen die alten Schöffengerichte mit ihren Gebräuchen unter, nachdem das materielle römische Recht schon längst die Herrschaft über das deutsche ausgeübt hatte.

Gerade auch für das Strafrecht ist das Vorhandensein von ordnungsmäßig besetzten Gerichten wesentlich. Es gibt nämlich kein Strafrecht, das ohne Gerichte durchgesetzt werden könnte, wie es keine Strafduldungspflicht gibt, ohne daß ein Urteil gefällt worden wäre. Und weil die Gerichte zur Zeit des Inkrafttretens der Carolina [2]) vielfach mit Leuten besetzt waren, die „offtermals wider recht und gute vernunfft gehandelt“ [3]) hatten, ist auch die CCC ins

1) Vgl. Kühns, S. 2.

2) Carolina = Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. aus dem Jahr 1532 (Constitutio Criminalis Carolina); in Zukunft mit CCC abgekürzt.

3) Aus der Vorrede zur CCC s. Zöpfl, S. 9. Wenn übrigens nachher Artikel aus der CCC angeführt werden, so sind diese immer der Zöpfl'schen Ausgabe entnommen.

Leben gerufen worden. Die Mißbräuche in der Besetzung der damaligen Gerichte waren groß. Unwissende, des Rechts völlig unerfahrene Personen saßen über die andern zu Gericht. Daher hatte sich auch der Adel von den Gerichten völlig zurückgezogen, da er es mit Recht unter seiner Würde hielt, mit solchen Elementen zusammen Recht zu sprechen. Es wurden „entweder die unschuldigen gepeinigt und getödt oder aber die schuldigen durch unordentliche, gevärliche und verlängerliche handlung den peinlichen klegern und gemeynem nutz zu großem nachteil gefristet, weggeschoben und erledigt“ [4]). Diesem Uebelstande wollte die CCC abhelfen. Sie mußte sich daher zuerst der Gerichtsverfassung zuwenden.

Es war aber nicht einfach, in der damaligen Zeit ein solches Gesetz namentlich als Reichsgesetz zustande zu bringen. War es doch die Zeit, wo im Reich die Spannung zwischen unitarischen und partikularistischen Tendenzen besonders stark hervortrat, wo gerade in den entstehenden Territorialstaaten die Kräfte immer mehr wuchsen, die später das Reich auseinandersprengen sollten. Dazu kam noch die religiöse Spaltung, die ihre Wirkung auch bald auf die politische Welt Deutschlands ausdehnte. Außerdem verschärften sich die sozialen Gegensätze der Stände, die sich z. B. im Bauernkrieg Luft machten. Kurz, es war die Zeit, wo das Mittelalter mit all seinen Bindungen aufhörte zu bestehen und einer „neuen Zeit“ Platz machte. Die Schwierigkeiten, die die Verfasser der CCC zu überwinden hatten, zeigen sich auch aus ihrer Entstehungsgeschichte. Im Jahre 1496 erging zum erstenmal von dem eben erst errichteten Kammergericht aus der Ruf nach einer neuen Ordnung des peinlichen Prozesses. Im Jahre 1532 war man dann glücklich so weit, daß die CCC als Reichsgesetz verkündet werden konnte. Zwischenhindurch gab es auf den verschiedenen Reichstagen die erbittertsten Kämpfe um die CCC. Immer größere Zugeständnisse mußte der Kaiser machen, zumal in der damaligen Reichsverfassung weder der Satz „Reichsrecht geht vor Landesrecht“ noch sonst etwas über das beiderseitige Verhältnis zwischen Reich und Ländern zu finden war.

Zunächst waren es vornehmlich die Städte, die sich der neuen Ordnung zu widersetzen suchten. Als Beispiel sei hier nur erwähnt, was der Frankfurter Reichstagsgesandte Philipp Fürstenberger, der in seinen sonstigen Ausführungen immer sehr maßvoll war, vom Reichstag zu Augsburg noch im Jahre 1530 berichtete. Er erklärte, die neue Halsgerichtsordnung werde „den frey- und reichsstetten, wo sie furtgang gewinnen solt, etwas beschwerlich sein, indem daß man widder hergeprachte gewonheit und privilegien offentlich und

4) Ebenfalls aus der Vorrede zur CCC.

lange processe halten müßt, dadurch vil straf der laster und bosheit verhindert und abgewendt werden mocht“ [5]). Er kann jedoch nicht umhin, in seinen weiteren Ausführungen zu betonen, daß daneben in der CCC auch „vil gut dings wie man super indiciis und andern handeln sol, verleybt ist“. Außer den Städten waren es sonst noch gewichtige Stimmen, die sich dem neuen Gesetz entgegenstemmten. Bei der Beratung in Speyer im Jahre 1529 wurde bekanntlich das Gesetz deshalb abgelehnt, weil das „vorhandensein der vielen und ungleichen Gebräuche in den verschiedenen Landschaften“ keine Einigung zustandekommen ließ. Es wurde damals gleichzeitig betont, man müsse bei der weiteren Revision des Gesetzes gerade auf diese Verschiedenheiten gebührend Rücksicht nehmen. Namentlich war es das Land Kursachsen, das auf den verschiedenen Reichstagen, auf denen die CCC durchberaten wurde, immer wieder seine Stimme erhob, was besonders deshalb schlimm war, weil Sachsen mit seinem sächsischen Recht vor allen andern deutschen Ländern eine gewisse Vorzugsstellung innehatte. Erst der Vermittlung des Herzogs Georg von Sachsen bei seinem kursächsischen Vetter Kurfürst Johann gelang es über Erwarten schnell, daß auf dem Reichstag zu Regensburg im Jahre 1532 unter den Beteiligten eine Formel gefunden wurde, unter welcher die CCC als Reichsgesetz verkündet werden konnte und zugleich die partikularistischen Interessen gewahrt blieben. „Doch wollen Wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden an iren alten wolherbrachten rechtmäßigen und billigen gebräuchen nichts benomen haben“ heißt es am Schluß der Vorrede zur CCC. Jedoch darf man die Bedeutung dieser sog. „salvatorischen Klausel“ nicht überschätzen. Es ist falsch, wenn man meint, die Carolina habe sich dadurch schlechthin nur eine subsidiäre Stellung beigelegt. Einmal gibt es bestimmte Artikel [6]) in der CCC, an deren absoluten Geltung gar nicht gezweifelt werden kann. Sodann kommt dadurch, daß nur die „rechtmäßigen und billigen Gebräuche“ aufrecht erhalten werden, zum Ausdruck, daß die CCC von ihrem eigenen Standpunkt aus beurteilen kann, welche Gebräuche nun so beschaffen sind. Schließlich erfahren die Partikularrechte darin eine wesentliche Einschränkung, daß nur die alten, wohl hergebrachten Gebräuche berücksichtigt werden sollen; neues Recht sollte sich daher auf Grund einer Partikulargesetzgebung nicht mehr entwickeln können.

Die CCC fand bald im ganzen Reich Anerkennung; denn in der damaligen Zeit, als das fremde Recht in Deutschland immer mehr überhand zu nehmen drohte, war es unbedingt notwendig, einen gesetzgeberischen Ausgleich zwischen dem einheimischen und fremden Recht zu schaffen, damit man im Einzelfall wußte, wie man zu

5) Vgl. Frankfurter Reichsakten 1530 f. 28 in Güterbock, S. 182.
6) So z. B. die Artikel 61, 104, 105, 135, 140, 204, 205, 207, 215, 218.

entscheiden hatte. Annähernd 3½ Jahrhunderte hindurch bewahrte sich die CCC Lebenskraft. Das zeugt am besten für ihre Güte und Brauchbarkeit. Freilich ist sie nichts Ursprüngliches, sondern Form und Inhalt sind der Bambergensis [7]) entlehnt. Diese ist im Jahre 1507 von der ganz überragenden Juristenpersönlichkeit, Freiherrn v. Schwarzenberg, für das Bistum Bamberg geschaffen worden. Er wird daher mit Recht als der geistige Vater der Carolina bezeichnet. Im Gegensatz zur Bambergensis, die mehr Lehrbuch für die ungelehrten Schöffen sein will, ist die Carolina Gesetz. Wenn sie auch in der Vorrede die mangelhafte Besetzung der peinlichen Gerichte mit unerfahrenen Personen als Anstoß zu ihrer Entstehung nimmt, so wendet sie sich aber doch an „alle und jede unser und des Reichs Untertanen". Dadurch nimmt die CCC für sich in Anspruch, ein durchaus allgemeinverbindliches Reichsgesetz zu sein.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich aus 2 Gründen mit der Gerichtsverfassung der Carolina. Einmal lohnt es sich wirklich, sich mit der CCC überhaupt zu befassen, wo sie doch ein epochemachendes Werk in der deutschen Rechtsgeschichte darstellt, zum andern ist es gerade die Gerichtsverfassung der CCC, die bis jetzt in der sonst so ausgiebigen Carolinaliteratur zu kurz gekommen ist, obwohl sie doch mit den Hauptgrund zur Schaffung der CCC bildete.

7) Bambergensis = Bambergische Halsgerichtsordnung vom Jahre 1507.

2. Abschnitt

Kurze Darstellung der Geschichte der Gerichtsverfassung bis zur CCC

In der germanischen Zeit war es der von der Landesgemeinde gewählte Fürst, der an der Spitze eines jeden Gerichts stand. Er versammelte die Gerichte der Hundertschaften um sich. Innerhalb des Gaues reiste er herum und hielt jeweils an den für die verschiedenen Gerichtsgemeinden bestimmten Dingstätten seinen Gerichtstag ab. So waren schon damals wie dann auch in der fränkischen Zeit die Hundertschaften die Hauptträger der Rechtspflege [1]).

Dem Richter oblag die äußere Leitung im Prozeß; er war aber außerdem auch am Zustandekommen des Urteils beteiligt. Cäsar [2]) berichtet von den principes, daß sie es sind, welche Recht sprechen, iura dicunt, während Tacitus [3]) die entscheidende Mitwirkung der Dinggenossen bezeugt; er berichtet, daß dem princeps die Hundertschaft als „consilium et auctoritas" zur Seite stehe. Uebrigens hat sich die Stellung des Richters zur Gerichtsgemeinde bei den einzelnen germanischen Stämmen verschieden entwickelt. Bald ist es der Richter allein, der entscheidet, wie z. B. bei den Langobarden; hier beschränkt sich die Gerichtsgemeinde lediglich auf eine „passive Assistenz" [4]). Bald sind es die Genossen der Gerichtsgemeinde, wie im altsächsischen Recht, die das Urteil fällen [5]).

In der fränkischen Zeit bildete die Grundlage der Gerichtsverfassung neben den weiter bestehenden Hundertschaften die Grafschaft. Bis zur Wende des 6. Jahrhunderts, also noch zur Zeit der lex Salica, war der Vorsitzende des Hundertschaftsgerichts, der sog. thunginus, Volksbeamter [6]). Der Graf als königlicher Beamter trat jetzt an seine Stelle [7]).

Die Stellung des Richters änderte sich; schon im altfränkischen Recht bestand neben dem Richter ein Ausschuß der Gerichtsge-

1) Vgl. Brunner, Bd. 1, S. 202.
2) In De bello gallico VI 23.
3) In Germania cap. 12.
4) Vgl. Brunner, Bd. 1, S. 207.
5) Vgl. Brunner, Bd. 1, S. 206.
6) Vgl. Brunner, Bd. 2, S. 202.
7) Vgl. Brunner, Bd. 2, S. 222.

meinde, die sog. Rachinburgen. Diesen Rachinburgen stand das Recht des Urteilsvorschlags zu; das Urteil kam durch die Zustimmung der übrigen Dingleute, das „Vollwort des Umstandes" zustande[8]). Aus den Rachinburgen ging unter Karl dem Großen ein ständiges Urteilfinderkollegium, das Schöffentum, hervor. Die Schöffen wurden nicht mehr jeweils nur für den Gerichtstag bestimmt, sondern auf Lebenszeit vom Grafen oder den Königsboten unter Mitwirkung der Gerichtsgemeinde gewählt.

Die Scheidung der Gerichte in echte und gebotene Dinge hatte sich schon längst ergeben. Das echte Ding tagte nur noch wenige Male im Jahr und war wie früher mit allen freien Leuten der Hundertschaft besetzt. Die übrigen Gerichte dagegen wurden durch den Grafen oder seinen Stellvertreter zusammengerufen, geboten. Hier waren es — soweit sich die Schöffenverfassung durchsetzte — von jetzt an die Schöffen als königliche Beamte, die das Urteil fanden. Dies bedeutete einen großen Schritt zur Stärkung der königlichen Gewalt.

Als oberster Richter sprach der fränkische König im Königsgericht Recht. Nicht selten war er gleichzeitig Richter und Urteiler. An das Volksrecht war er nicht gebunden. Der König baute sein Gericht auf dem Grundsatz der Billigkeit, der aequitas, auf. Die Bedeutung des Königsgerichts war eine große: Gewisse Urteile des Grafengerichts konnten an das Königsgericht gezogen werden. Hier zeigte sich schon die Idee des Rechtszuges. Ferner konnte der König jede Streitsache vor das Königsgericht bringen, sodaß der Sache nach schon in der fränkischen Zeit das ius evocandi vorhanden war[9]).

Die karolingische Gerichtsverfassung erhielt sich in ihren Grundzügen bis ins 13. Jahrhundert. Der König war noch immer der gemeine Richter im Reich. Erst in der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts, mit dem Niedergang des deutschen Königtums, wurde dies anders. Jetzt, nachdem die Reisen des Königs aufgehört hatten, wurde die Gerichtsverfassung einerseits ständisch, andererseits territorial gegliedert. Namentlich waren es die beiden Zugeständnisse Friedrichs II. an die weltlichen und geistlichen Fürsten[10]), die für die Entwicklung der Landeshoheit bedeutsam waren. Die Landesherrn übten innerhalb ihres Landes die Gerichtsgewalt bald nicht mehr kraft königlichen Amtes, sondern kraft eigener Machtvollkommenheit.

Was an Reichsgerichten stehen blieb, waren einmal die königlichen Landgerichte[11]), die unmittelbar unter dem König standen, ferner

8) Vgl. Brunner, Bd. 1, S. 204.

9) Vgl. Brunner, Bd. 2, S. 186.

10) Confoederatio cum principibus ecclesiasticis aus dem Jahr 1220 und das statutum in favorem principum aus dem J. 1232.

11) Z. B. das Landgericht von Ingelheim, Rottweil u. das Gericht auf der Leutkircher Heide; ferner die Femgerichte, denen in ihrem Ursprungsland Westfalen große Bedeutung zukam.

das Reichshofgericht. Die Bedeutung des Reichshofgerichts war jedoch gering, zumal die kurfürstlichen Territorien durch die Goldene Bulle von 1356 das Privilegium de non evocando, d. h. die Befreiung der Kurlande vom königlichen ius evocandi[12]), und das privilegium de non appellando erhielten. Im Jahr 1450 verschwand es dann auch, ohne daß es ausdrücklich aufgehoben wurde. An seine Stelle trat das königliche Kammergericht. Daran knüpfte im Jahr 1495 das Reichskammergericht an, dessen Besetzung jedoch vornehmlich den Reichsständen überlassen war[13]).

Die scharfe Trennung zwischen Richter und Urteiler oder Schöffen blieb bestehen. Der Richter führte im Gericht den Vorsitz, während die Schöffen bei der Urteilsfindung allein maßgebend waren. Das Rechtsgebot, die maßgebende Urteilsfällung, ging jedoch stets vom Richter aus. Der alte Vollbort der Gerichtsgemeinde war bedeutungslos geworden.

Mit der Entstehung des rechtsgelehrten Richtertums hielt das fremde Recht seinen Einzug in die deutschen Gerichte. Das Reichskammergericht schrieb vor, daß die Hälfte der Beisitzer „Rechtsgelehrte" sein sollten. Diesem Beispiel des obersten Reichsgerichts folgten allmählich die Territorial- und auch zum Teil die Stadtgerichte.

In dieser Zeit nun, als die gelehrten Richter allmählich begannen, die ungelehrten Richter aus den Gerichten zu verdrängen, als das fremde Recht seinen Siegeszug durch Deutschland begann, entstand die CCC. Wie eine jegliche Ordnung sich änderte, so mußte auch die Gerichtsverfassung neue Bahnen beschreiten. Ob es der CCC gelungen ist, diesen neuen Weg erfolgreich zu gehen, kommt im folgenden zur Darstellung.

12) Vgl. Brunner, Grundzüge, S. 157.
13) Vgl. Brunner, Grundzüge, S. 282.

3. Abschnitt

Die Gerichtsverfassung der CCC

A. Die Gerichtsbarkeit in peinlichen Sachen.

Ganz allgemein ist gleich in Artikel 1 der CCC von den „peinlich gericht" die Rede, ohne daß hierüber nähere Ausführungen gemacht werden. Was unter den peinlichen Gerichten zu verstehen ist, wird in der CCC als bekannt vorausgesetzt. Es ist jedoch erforderlich, den Begriff der peinlichen Gerichte näher zu erläutern.

I. Die peinlichen Gerichte im allgemeinen.

Die peinlichen Gerichte[1]) strafen in peinlichen Sachen. Alle Strafsachen werden nämlich streng geschieden in peinliche und nicht peinlichen Strafen; die letzteren werden auch bürgerliche Strafen genannt. Diese Unterscheidung kommt in der CCC deutlich zum Ausdruck (vgl. die Art. 138, 158, 167). Nur ausnahmsweise darf der peinliche Richter diese bürgerlichen Strafen verhängen.

Im Art. 207 wird der Gegensatz von peinlichen und bürgerlichen Gerichten besonders betont (. . und so an eynem solchen ort eyn oberkeyt peinlich und bürgerlich gerichtbarkeyt hätte . .). Nur in den besonders erwähnten Fällen darf das peinliche Gericht in Zivilsachen entscheiden[2]).

Unter den Begriff der „peinlichen Sachen" fielen ursprünglich nur die Verbrechen, die die Todesstrafe oder einen sonstigen schweren leiblichen Schmerz zur Folge hatten, die also eine „Pein" verursachten. Nicht zu den peinlichen Sachen gehörten z. B. die Strafen, die „zu Haut und Haar"[3]) gingen, weil das, was der Haut widerfahre, den Körper nicht betreffe und daher auch keinen richtigen Schmerz hervorrufe. Die CCC kannte jedoch diesen engen Begriff schon nicht mehr. Gleich in Art. 1 heißt es: „. . alsdann zu diesen großen sachen, welche des menschen ehr, leib, leben und

1) Sie werden in den einzelnen Territorien verschieden bezeichnet: Halsgerichte, Zentgerichte, Blutgerichte, Banngerichte, Landgerichte usw.

2) Vgl. Schötensack, S. 26, der hiefür die Artikel 12, 90, 99, 107, 198, 201, 207 anführt.

3) Also z. B. das Peitschen oder das Abscheren der Haare.

gut belangen", was bedeutet, daß die peinlichen Gerichte für alle die Strafen zuständig sind, die nicht bloß den Leib oder das Leben des Täters angehen, sondern auch dessen Ehre und Vermögen betreffen. Dies geht im einzelnen außerdem noch aus verschiedenen Stellen der CCC hervor, wo ohne Unterschied und ohne alles Bedenken unter peinlichen Strafen z. B. die Ehrlosigkeit, Geldstrafen, Entsetzung vom Amte, Vermögenseinziehung und Landesverweisung genannt werden [4]).

II. Die zwei Arten der peinlichen Gerichte in der CCC.

Es treten uns zweierlei Arten von peinlichen Gerichten in der Carolina entgegen. Einmal die Gerichte der Landesherrn und der Städte, zum andern die Patrimonialgerichte. Diese beiden Gerichtsformen fand die Carolina bereits vor und es entspricht ganz ihrem Wesen, daß sie hieran nichts geändert hat, im Gegenteil, die Patrimonialgerichte zu neuem kräftigem Leben erweckt hat, wie Art. 1 beweist, wo dem Patrimonialgerichtsherrn wie in den ältesten Zeiten zur Pflicht gemacht wird, selbst in persona dem Gerichte beizuwohnen [5]). Die CCC will ja an den „alten, wohlherbrachten, rechtmäßigen billigen gebreuchen" festhalten.

1. Die Gerichte der Landesherren und der Städte.

Allmählich, so gegen Ende des 14. Jahrhunderts, sind die Gerichte (wie oben S. 10 schon dargelegt wurde) aus der Hand des Königs auf die Landesherrn übergegangen. „Mit dem Wegfall der Bannleihe und mit der Erteilung von Evokationsrechten wandelte sich die Gerichtsgewalt der Landesherrn in Gerichtshoheit um" [6]). Der Landesherr war also in seinem Territorium Gerichtsherr wie früher der König.

Daneben hatten sich mit dem Emporblühen der Städte die Stadtgerichte gebildet. Teilweise befanden sich diese Stadtgerichte in ausschließlicher Abhängigkeit von dem über der Stadt stehenden Gerichtsherrn (etwa einem Landesherrn), teilweise war die Stadt selbst Gerichtsherr. Im letzteren Fall gerieten die Stadtgerichte in völlige Abhängigkeit des Rates [7]).

Der Landesherr oder der Rat einer Stadt konnte also über die Gerichte bestimmen, was auch aus dem Artikel 219 hervorgeht: die „oberkeyt, die das selbig peinlich gericht fürnehmlich und

4) Vgl. die Art. 104, 110, 111, 164, 169, 196, 198.
5) S. Art. 1.
6) S. Fehr, S. 142.
7) Derselbe, S. 171.

on alle mittel zu bannen, und zu hegen macht hat". Mit der Verschmelzung der echten und gebotenen Gerichte zu ein und demselben Schöffengericht waren es diese Schöffengerichte, die in peinlichen Sachen zu entscheiden hatten. Vielfach, namentlich in kleineren Bezirken, waren die peinlichen Gerichte identisch mit den ordnungsgemäßen Zivilgerichten, d. h. die letzteren erwarben die Hochgerichtsbarkeit mit dem Blutbann. Die meisten peinlichen Gerichte bildeten jedoch besondere, mit ständigen Schöffen besetzte Gerichte. Es kam aber auch vor, daß für jeden einzelnen Straffall eigene Spezialgerichte errichtet wurden.

2. Die Patrimonialgerichte.

Zweierlei Arten von Patrimonialgerichten kennt die CCC. Auf der einen Seite die Gerichte der Personen, „den solche gericht eygner person amptshalber und sunst zu besitzen gebürt" (Art. 1), andererseits die Gerichte der Leute, die „von irer güter wegen die peinlich gericht zu besitzen schuldig sein" (Art. 2). Unter die ersteren Gerichte fallen die sog. Erbrichter, deren Beispiele es genügend gibt. So ist in Leipzig ein Erbschultheiß eingesetzt worden. In Stettin hat der Herzog von Pommern ums Jahr 1245 der adligen Familie der Barfuse die völlige Gerichtsbarkeit verliehen. Weiter ist uns überliefert, daß der Breslauische Erbrichter im 13. Jahrhundert die Gerichtsbarkeit in peinlichen Sachen erlangt hat. Diesen Erbrichtern stehen die Personen gegenüber, denen die Gerichtsbarkeit vermöge ihrer Güter anhaftet. Die Entstehung dieser Gerichtsbarkeit ist folgendermaßen zu erklären: Nachdem die Gerichtsbarkeit vom König auf die Landesherrn übergegangen war und diese in eigenem Namen Gericht hielten, kam es vor, daß die Landesherrn infolge schlechter Haushaltung und des sich daraus ergebenden Geldmangels ganze Bezirke samt verschiedener, wichtiger Regalien, u. a. auch die Gerichtsbarkeit an ihre Untertanen verkauften, verpfändeten oder sonstwie veräußerten. So geschah es, daß vielfach die Gerichtsbarkeit ins Eigentum der Untertanen überging. Einige versuchen den Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus der Gewalt der ehemaligen Herren über ihre Leibeigenen abzuleiten. Dies ist jedoch meines Erachtens nicht richtig; auch Kreß [8]) wendet sich entschieden gegen diese Auffassung, indem er namentlich betont, daß es dann viel mehr Adlige sein müßten, die die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben. Einige Beispiele zeigen ebenfalls, daß diese zweite Ansicht irrig ist. So haben in Bayern die Stände im Anfang des 14. Jahrhunderts die peinliche Gerichtsbarkeit, mit Ausnahme einiger Kapitalverbrechen, käuflich erworben. In Sachsen wurde im 15. Jahrhundert die peinliche Gerichtsbarkeit dem sächsischen Adel, allerdings in beschränktem Maß, eingeräumt. Auch

8) S. bei Meister, S. 422.

aus dem Herzogtum Lüneburg sind Urkunden vorhanden, die besagen, daß kein Untertan seine peinliche Gerichtsbarkeit aus einer andern Quelle, als aus Konzessionen, Lehnbriefen, Verträgen usw. herleiten könne.

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist ihrer wesentlichen Natur nach ein öffentliches Recht. Dies ergibt sich schon aus dem Wesen jeglicher Gerichtsbarkeit, wenngleich bezüglich des Erwerbs, der Vererbung oder sonstigen Uebertragung dieser Gerichtsbarkeit die Regeln des Privatrechts maßgeblich waren. Daher hat der Patrimonialgerichtsherr in Betreff der Ausübung auch eine öffentliche Pflicht, die Art. 2 der CCC besonders hervorhebt, wo von den Personen gesprochen wird, die ihrer Güter wegen „die peinlich gericht zu besitzen schuldig" sind. Nur diejenigen, die ihre Gerichtsbarkeit „aus schwachheit und gebrechlichkeit ihres leibes, vernunfft, jugend, alter oder anderer ungeschicklichkeit halber" nicht selbst ausüben konnten, wurden dazu verpflichtet „ander tüglich personen zu besitzung des peinlichen gerichts an ihr statt (zu) ordnen und (zu) bestellen", jedoch „mit wissen und zulassen desselben oberrichters"[9]). Dies ist die einzige Stelle in der CCC, wo von einem staatlichen Oberaufsichtsrecht über die Patrimonialgerichte gesprochen wird; sie ist aus der Bambergensis Art. 6 übernommen, die für diesen Fall die Besetzung des peinlichen Gerichts „mit wissen und zulassung unsers Amptmanns" anordnet. Sonst kann man aber zur Zeit der Entstehung der CCC von einer Unterordnung der Patrimonialgerichte unter die landesherrlichen Gerichte noch nicht sprechen. Das ergibt sich auch aus dem Reichsabschied vom Jahre 1530, der in seinem § 95 ausdrücklich das Verbot der Appellation für die Patrimonialgerichte erwähnt. Erst später, im Lauf des 17. und 18. Jahrhunderts, als der Absolutismus in den einzelnen Territorien aufkam, war es mit der Selbständigkeit der Patrimonialgerichte zu Ende. Aus Art. 2 entstand übrigens im Laufe der Zeit das sog. Präsentationsrecht des Patrimonialgerichtsherrn. Als nämlich der Richter die Fähigkeiten eines gelehrten Juristen haben mußte, war der Patrimonialgerichtsherr meist nicht in der Lage, selbst im Gericht den Vorsitz zu führen. Er war daher gezwungen, mit obrigkeitlicher Genehmigung einen Stellvertreter einzusetzen. Aus diesem Ernennungsrecht blieb schließlich nur ein bloßes Vorschlagsrecht übrig.

Im Einholen der Rechtsbelehrung bestand zwischen den landesherrlichen Gerichten und den Patrimonialgerichten insofern ein Unterschied, als die ersteren in Zweifelsfällen ihren Rat bei den Justizkanzleien zu holen pflegten, während die letzteren sich schon frühzeitig an die Juristenfakultäten und Schöffenstühle wandten. Das erklärt sich dadurch, daß die Patrimonialgerichte aus Furcht,

9) Vgl. Art. 2.

sie könnten ihre Unabhängigkeit verlieren, die landesherrlichen Justizkanzleien nicht zu Rate zogen. Dieser Unterschied läßt sich auch in Art. 219 der CCC feststellen, obgleich hier gleichzeitig die Unterscheidung zwischen „gerichtsübung auff eines peinlichen anklegers begern" und „ex officio oder von amptswegen" eingemischt ist. Die Gerichte, welche nicht „aus altem verjährtem Gebrauch" ihre Oberhöfe haben, sollen „bei irer oberkeyt" Rat suchen. In andern Fällen sollen die Richter „bei den nächsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtsverständigen . . rath zu suchen schuldig seyn"[10].

Im Anschluß an dieses Kapitel ist kurz noch auf einige besondere Aufgaben und Pflichten des Gerichtsherrn einzugehen.

III. Besondere Aufgaben und Pflichten des Gerichtsherrn.

1. Die Sorge für die Instandhaltung der Richtstätte.

Ausführlich regelt die CCC in den Artikeln 215—17, wie die Gerichtsherrn bei der Neuerrichtung oder Instandsetzung eines Galgens zu verfahren haben. Zunächst wendet sie sich gegen die teilweise bestehende Unsitte, daß hiezu sämtliche Zimmerleute, die in dem Gerichtsbezirk wohnen, mithelfen müßten, „das dann eynen großen unziemlichen unkosten macht", wofür übrigens nicht der Gerichtsherr, sondern der Ankläger des betreffenden Uebeltäters aufzukommen habe. Demgegenüber schreibt die CCC vor, daß nicht sämtliche Zimmerleute des Gerichtssprengels, sondern nur eine bestimmte Anzahl durchs Los bestimmt werden müsse, die diese Arbeit auszuführen hätten. Und zwar müssen sie den Galgen „umb eyn gewönlichen taglon" erstellen, der ihnen vom Gerichtsherrn bezahlt wird, ohne daß der Kläger hiebei Schaden nimmt. Weigert sich ein Zimmermann zur Verrichtung dieser Arbeit, so soll er mit einer Strafe von 10 Gulden belegt werden. Falls der Galgen oder die „enthauptstatt" gemauert werden muß, soll der Gerichtsherr es mit den Maurern auf dieselbe Art und Weise halten wie mit den Zimmerleuten.

2. Die Gefängnisse sollen lediglich Bewahrungsanstalten sein.

Im Art. 218, wo „an vilen peinlichen gerichten und derselben[11] mancherley mißbräuch erfunden" werden, greift die CCC den Uebelstand an, daß die Untersuchungsgefängnisse „nit zu der verwarung

10) Vgl. Zachariä: Ueber die Schöffenverfassung .... S. 91, Anm. 8.

11) Güterbock, S. 248, ergänzt hier zutreffend das Wort „oberkeyten", während Kohler, S. 133 noch sicherer gehen will und die Einschaltung der Worte „(derselben) gericht oberkeyten" vorschlägt.

sonder mer peinigung der gefangen und eingelegten zugericht" seien. Dies geht auch aus Art. 11[12]) hervor, wo es heißt: „daß die gefenknuß zu behaltung und nit zu schwerer geverlicher peinigung der gefangen sollen gemacht und zugericht seyn".

3. Die Einziehung des Vermögens bei der Todesstrafe ist dem Gerichtsherrn untersagt.

Die Gerichtsherrn werden im Art. 218 des weiteren angewiesen, auf die bisher übliche, mit jeder Todesstrafe verbundene Vermögenseinziehung zu verzichten. Sie verschafften sich hieraus immer eine reichliche Einnahmequelle, da in Deutschland bis zur CCC eine willkürliche Konfiskation an der Tagesordnung war. Dies kommt z. B. in der Bambergensis (Art. 160) noch zum Ausdruck, wo die Vermögenseinziehung für den Fall unbedingt angedroht ist, wenn der eines todeswürdigen Verbrechens Verdächtige sich der Strafe durch Selbstmord entzieht. Die CCC beschränkt im Art. 135 die Gütereinziehung beim Selbstmord auf den Fall, wo der Betroffene von vornherein „sein leib und gut verwürckt hätt". In der italienisch-gemeinrechtlichen Praxis ist jedoch die Vermögenseinziehung nicht mehr schlechthin die ipso iure-Folge einer Verurteilung zum Tod, sondern tritt regelmäßig auf besondere, ausdrückliche Anordnung durch den Richter ein. Nur in wenigen Sonderfällen zieht die Hauptstrafe eine Vermögenskonfiskation nach sich, z. B. bei dem „crimen laesae majestatitis". Diese gemeinrechtliche Praxis ist in vollem Umfang in die CCC übergegangen. „Item . . so seyn übelthetter", lautet der Schluß des Art. 218, „außerhalb des Lasters unser beleidigten Majestät oder sunst in andern fellen, so der übelthetter leib und gut nit verwirckt vom leben zum todt gestrafft, werden weib und kinder an bettelstabe und das gut dem Herren zugewiesen und die und dergleichen gewonheit, Wollen wir, daß eyn jede oberkeyt abschaffen und daran sein soll, daß sie hinfürther nit geübt, gebraucht oder gehalten werden".

B. Die Besetzung der peinlichen Gerichte.

I. Artikel 1 der CCC.

Gleich im ersten Artikel bestimmt die CCC: „item erstlich: setzen ordnen und wollen wir, daß alle peinlich gericht mit richtern, urtheilern und gerichtsschreibern versehen und besetzt werden sollen". Und zwar wird ausdrücklich betont, daß „alle" peinlichen Gerichte in dieser Besetzung in Erscheinung treten sollen. Diese Be-

12) Diese Stelle hat die CCC aus der Bambergensis übernommen; vgl. dort Art. 17.

stimmung gilt also sowohl für die landesherrlichen und Stadtgerichte wie für die Patrimonialgerichte.

II. Die erforderliche Zahl der Schöffen.

Ueber die notwendige Zahl der Schöffen gibt die CCC genauere Vorschriften. Bevor wir jedoch darauf näher eingehen, ist es notwendig, kurz in der Geschichte zurückzugehen, was sie uns über die Anzahl der Schöffen angibt.

Nach altfränkischem Recht gehörten zur ordentlichen Besetzung eines Gerichts 7 Urteilsfinder (Rachinburgi residentes)[13]. Diese Regel bestätigten die Capitularien Karls d. Gr., wo es heißt: „scabiniis septem, qui ad omnia placita prae-esse debent"[14]. Auch später waren immer mindestens 7 erwählte Schöffen erforderlich; ja an einigen Orten kam sogar die Sitte auf, 12 Schöffen zu Gericht zu bestellen. Im Schwabenspiegel[15] wird z. B. berichtet: „Es ist etwa gewonheit, daz man zwelf man nimet, die dem richter helfent richten; und dieselben heizent schephen und suln wise liute sin. Die suln vor gerichte urtheil vinden und niemant anders umbe eine jegliche sache."

Die CCC bestätigt die schon im ältesten Recht vorkommende Regel, wonach mindestens 7 Schöffen das Urteil finden müssen. Nach Art. 84 müssen die Schöffen auf die Frage des Richters antworten, „wo dann dasselbig gericht nit under siben oder acht schöpffen besetzt ist . . . Herr richter, das peinlich endlich gericht ist nach laut Kayser Karls V. und des heyligen Reichs ordnung wol besetzt". Nach dem ersten Entwurf waren hier in Uebereinstimmung mit der Bambergensis Art. 97 mindestens 9 Schöffen verlangt, „mit samt den, die bey der peinlichen frag gewest weren"[16].

Die erforderliche Zahl der Schöffen ist jedoch ungleich, je nach Verschiedenheit der Handlungen, wozu ihre Gegenwart notwendig ist. Mindestens 7 Schöffen sind nur bei Verurteilungen zum Tod oder „ewiger gefenknuß" oder „gefenklicher verwarung" notwendig. Ob darunter die beiden Schöffen sind, die bei der peinlichen Frage[17] und der Urgicht[18] dabei waren, wird in der CCC nicht gesagt; daß sie aber zu den 7 Schöffen gehören, dürfte sich aus Art. 91 ergeben, wonach der Richter, wenn der Beklagte am endlichen Rechtstag die Tat leugnet, „die er doch vormals ordent-

13) Vgl. lex Salica Titel 52, Kap. 2 und Titel 60, Kap. 2 bei Eckhardt, S. 81 und 91.

14) Capitulare missorum 803, Kap. 20 bei Lehmann, S. 59.

15) Art. 147, § 1, bei Gengler, S. 104.

16) Das zweite Projekt setzte an dessen Stelle „vir oder acht."

17) D. i. die Anwendung der Folter.

18) Kohler, S. 149, übersetzt es mit „maßgebendes Geständnis".

licher bestendiger weiß bekant, die zween geordneten schöpffen, so mit in solche verlesene urgicht und bekenntnuß gehört haben, auff ire eyde fragen" soll, „ob sie die verlesene urgicht gehört haben".

Wird dagegen nur eine Leibesstrafe ausgesprochen, so genügen 4 Schöffen. Im Art. 196, der von der „leibstraff, die nit zum todt oder gefenklicher verwarung . . . verurtheylt werden soll", handelt, wird verlautet, daß der Richter „zum wenigsten mit 4 aus den urtheylern oder schöpffen" das Urteil beschließen und anschließend durch den Gerichtsschreiber öffentlich verlesen lassen solle. Im Gegensatz hiezu gestattet die Bambergensis[19]) sogar ihrem „panrichter" allein, „außerhalb der schöpffen" zu beschließen, es sei denn, er wolle „seines gefallens" dazu „etlich schöpffen, die er on sundere mühe und costung gehaben kann", beiziehen. Diese Bestimmung der Bambergensis ging sicherlich in das erste Projekt der CCC über, wobei nur nachher geändert wurde, daß der Richter solche Urteile mit mindestens 4 aus den Urteilern oder Schöffen beschließen müsse. Unpassenderweise blieb dann in Art. 196 CCC das „mit wissentlichem Radt oder bevelch seiner oberkeit und der rechtverständigen" aus dem ersten Projekt bestehen, was aus der Bambergensis stammt und doch nur auf die dem Richter allein beigelegte Urteilsfällung gemünzt war.

Da Verurteilungen auf „gefengliche Verwahrung" oder „ewiges Gefängnis" in Art. 196 keine Erwähnung finden, kann man annehmen, daß diese gleich behandelt werden wie die Verurteilungen zum Tod, was auch in den Artikeln 10 und 101 der CCC zum Ausdruck kommt, wo von den Strafen die Rede ist, die „nit zum todt oder ewiger gefenknuß fürgenommen würd". Deshalb habe ich oben erwähnt, daß wie bei Todesstrafen auch bei „ewigen Gefängnis" mindestens 7 Schöffen anwesend sein müssen. Bei der Strafe zu ewigem Gefängnis macht sich übrigens schon bemerkbar, daß neben dem mittelalterlichen Strafzweck der Abschreckung und dem römisch-kanonischen Hauptprinzip, dem Vergeltungsgedanken, die Strafe ein bloßes Sicherungsmittel darstellt. Die Ueberschrift zu Art. 176 lautet nämlich: „von straff oder versorgung der personen von den man auß ertzeygten ursachen, übels und missetatt warten muß".

Außerdem müssen 4 Schöffen zugegen sein, wenn über die nach der CCC oft nötig werdenden Bürgschaftsleistungen erkannt werden soll[20]). Bei vielen dem Urteil vorausgehenden gerichtlichen Handlungen genügt oft die Anwesenheit von 2 Schöffen, so wenn z. B. der Angeklagte unter Androhung der Tortur zur Bekennung der Wahrheit ermahnt wird (Art. 46), oder wenn er wirklich auf

19) Vgl. Art. 222.
20) Vgl. Art. 12, 13, 153.

die Folter gebracht wird (Art. 47), oder wenn er nach überstandener Folter sein Bekenntnis, das er auf der Folter gemacht hat, wiederholt[21]) (Art. 56; vgl. auch Art. 91). Ferner brauchen nur 2 Schöffen vorhanden sein bei der Leichenschau (Art. 149), bei der Beschlagnehmung des Vermögens eines flüchtigen Uebeltäters (Art. 206), bei der Aufnahme der Protokolle (Art. 181), schließlich im Fall des Art. 210, wo wegen des provisorischen Besitzes gestohlener Sachen, bei denen das Eigentum des Besitzes noch nicht nachgewiesen ist, Sicherheit geleistet werden soll.

Was die Gesetzgeber der CCC jeweils bewogen hat, einmal nur 2, ein anderes Mal 4 Schöffen als notwendig zu erklären, läßt sich nicht ohne weiteres sagen. Jedenfalls hat die größere oder geringere Feierlichkeit der Handlung, wozu die Schöffen erforderlich waren, keine Rolle gespielt[22]), da sonst nicht einzusehen wäre, warum zur Erkenntnis über eine Bürgschaft (und auch hievon macht der Art. 210 eine Ausnahme) mehr Schöffen anwesend sein müssen als z. B. bei einer Leichenschau oder einer Bedrohung mit einer Tortur. Grolmann[23]) will aber auch in diesem Punkt die Folgerichtigkeit der CCC nachweisen. Nach seiner Ansicht liegt der Grund der verschiedenartigen Besetzung in folgendem: Sobald über eine in einem peinlichen Prozeß vorkommende Frage erst geurteilt und entschieden werden solle, würden mehr als 2 Schöffen zur gehörigen Besetzung gefordert, nur 2 aber, wenn nach einem schon gefaßten gerichtlichem Beschluß eine prozessuale Handlung vorgenommen werden solle. Davon mache auch der Art. 210 nur scheinbar eine Ausnahme, weil hier von einer Sicherheitsleistung die Rede sei, welche den peinlichen Prozeß eigentlich gar nichts angehe, vielmehr nur zur Sicherung der Rechtsansprüche der durch Diebstahl geschädigten Personen geleistet werde. Dieser Erklärung Grolmanns ist beizutreten.

Zu einem gehörig besetzten Gericht (judicium poenale rite constitutum) sind demnach nach der CCC während der Untersuchung oder Verhandlung der Sache außer dem Richter immer mindestens 2 Schöffen erforderlich, was der alten deutschen Rechtsauffassung entspricht, wonach nicht bloß das urteilfällende Gericht, sondern auch das Untersuchungsgericht stets eine Mehrheit von Personen darstellt. Ein einzelner Richter kommt so in der CCC bei wichtigen[24]), insbesondere auf Begründung eines kriminellen Beweises abzielenden Prozeßhandlungen nicht vor; es mag hiebei namentlich

21) Dies ist die sog. Urgicht.

22) Mit Ausnahme des Urteils am endlichen Rechtstag, wo man die alte Zahl von mindestens 7 Schöffen beibehielt.

23) S. 495 ff., Teil II.

24) Nur bei einfachen prozessualen Fragen kann der Richter auch allein entscheiden, s. unten S. 29.

als Grund der Umstand mitgewirkt haben, daß das Verfahren nicht öffentlich ist (wie weiter unten noch gezeigt wird). Wenn nämlich mehrere Personen zusammen ihre Entscheidung treffen, ist doch dafür gesorgt, daß die Entscheidung in einer Weise und Form vorgenommen wird, die das mögliche Interesse der Subjektivität und einen darauf gegründeten Einwand entfernt [25]).

III. Die Folgen eines nicht gehörig besetzten Gerichts.

Falls nun die Gerichte nicht gehörig besetzt sind, fragt es sich, ob das eine Nichtigkeit der betreffenden Handlung zur Folge hat. Nach Mittermaier [26]) kommt es darauf an, ob die verschiedenen Landesgesetze die Beiziehung der Schöffen anordnen. Wenn dies nicht der Fall sei, so könne aus der bloßen Vorschrift der CCC noch kein Nichtigkeitsgrund abgeleitet werden. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizupflichten. Wenn auch die Bedeutung der Schöffen in der CCC schon ziemlich gesunken war, so rechnet die Carolina doch mit ihrem Vorhandensein und zählt sie, wie besonders aus Art. 1 hervorgeht, zu den notwendigen Personen des Gerichts. Fehlen also die Schöffen oder sind sie nicht in der genügenden Anzahl vorhanden, so ist die betreffende Handlung m. E. nichtig [27]).

Erst später, als sich das gelehrte Berufsrichtertum in den deutschen Territorien durchgesetzt hatte und die Schöffen vielfach zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken waren, wurde es in manchen Ländern üblich, überhaupt keine Schöffen mehr beizuziehen, da man sie als überflüssig und nutzlos ansah. So scheinen z. B. in den Hannoverschen Provinzen [28]) schon vor der Kriminalinstruktion von 1736 die landesherrlichen Gerichte nicht mehr mit Schöffen besetzt zu sein. Am längsten hielt sich übrigens das Institut der Beisitzer im Sinne der CCC selbst für die Urteilsfällung in Oesterreich [29]).

---

25) Vgl. Abegg, S. 63

26) S. 256.

27) Dieser Ansicht ist auch Abegg, S. 70.

28) S. Pufendorf, S. 379.

29) Vgl. Const. Crim. Theresian. von 1768, Art. 20. Bei Zachariae, S. 244, Anm. 7.

C. Die Gerichtspersonen.

I. Der Richter.

1. Der Begriff des peinlichen Richters.

Eine genaue Begriffsbestimmung des peinlichen Richters der CCC zu geben, ist nicht leicht, zumal die Aufgabe des Richters in der Carolina eine ganz andere ist gegenüber der früheren Zeit. Vor der CCC war der Richter lediglich Verhandlungsleiter im Prozeß, während die CCC ihm eine viel größere Bedeutung zumißt. Meister [30]) definiert den peinlichen Richter folgendermaßen: Er ist diejenige Person, „welche von der Landesobrigkeit bestellt ist, entweder die Verbrechen nur zu untersuchen, oder auch ein Urteil darüber zu fällen". In dieser Begriffsbestimmung fehlt, daß es auch Richter gibt, die nicht von der Landesobrigkeit bestellt sind (die Patrimonialgerichtsherrn, die in eigener Person als Richter auftreten), ferner kommt darin nicht zum Ausdruck, daß in der CCC jeweils der Richter nicht allein, sondern noch zusammen mit den Schöffen (Urteilern) das Urteil fällt. Man kann also den als peinlichen Richter bezeichnen, der entweder von der Obrigkeit bestellt oder aus eigener Machtbefugnis heraus (Patrimonialrichter) befähigt ist, die peinlichen Prozesse zu leiten, zu untersuchen und auch u. U. mit den Schöffen zusammen ein Urteil zu fällen.

2. Die staatsrechtliche Stellung des Richters.

Was in der Zeit vor der CCC langsam vorbereitet worden war, den Richter zum abhängigen Beamten des Landesherrn zu machen, sprach die CCC bereits als Grundsatz aus. Die Obrigkeit bestellt den Richter und zwar wird sie in Art. 1 gleich dringend darauf hingewiesen, daß sie hiezu „möglichen fleiß anwenden soll, damit die peinlichen gericht zum besten verordnet und niemand unrecht geschehe, alsdann zu diser großen sachen, welche des menschen ehr, leib, leben und gut belangen sein, dapffer und wol bedachter fleiß, gehorig, darumb dann in solcher überfarung niemands mit rechtmäßigem vortreglichem grundt seine verlassung und hinlässigkeyt entschuldigen mag, sondern billig derhalb vermoge diser unser ordnung gestrafft, des also alle oberkeyt, so peinlich gericht haben, hiemit ernstlich gewarnt seyn sollen".

Der Richter richtet also nicht mehr zu eigenem Recht, vielmehr zeigt sich seine Abhängigkeit in der CCC verschiedene Male; z. B. wird in Art. 106 dem Richter auferlegt, er müsse, wenn jemand sich eine Gotteslästerung zuschulden kommen läßt, die Obrigkeit anrufen, damit diese ihm Bescheid gebe, „wie solche lesterung

30) S. 47.

den gemeynen unsern Kayserlichen rechten gemäß, und sonderlich nach inhalt besonderer artikeln unser Reichs ordnung gestrafft werden sollen". Ein weiteres Beispiel bietet Art. 154, wo der Erlaß der Kaution zu Gunsten eines Armen nur von der Obrigkeit gewährt werden kann. Schließlich kommt in Art. 219, der weiter unten noch ausführlich behandelt wird, zum Ausdruck, daß der Richter sich in allen zweifelhaften Fragen an seine Obrigkeit oder eine sonstige Instanz wenden muß, die dann die Entscheidung fällt. Der Richter ist also nur Werkzeug in der Hand der Obrigkeit.

Vor seinem Amtsantritt hat der peinliche Richter gemäß Art. 3 den Amtseid zu leisten, wo er versprechen muß, daß er solle und wolle „in peinlichen sachen recht ergehn lassen, richten und urtheylen, dem armen als dem reichen und das nit lassen, weder durch lieb, leyd, miet, gab, noch keyner andern sachen wegen", ferner daß er „Kayser Karls V. und des heyligen Reichs peinlich gerichtsordnung getrewlich geleben und nach . . . bestem vermögen halten und handthaben" wolle [31]). Ob die Handlungen ohne die Eidesleistung nichtig sind, ist in der CCC nicht ausgesprochen. Jedoch ist man sich in der damaligen Zeit wie auch später vollkommen einig [32]) darüber, daß sämtliche Handlungen eines nichtbeeidigten Richters nichtig sind.

Als Beamter bezieht der Richter ein festes Gehalt. Es wird ihm daher in Art. 205 aufs strengste untersagt, für seine Tätigkeit vom Ankläger eine Belohnung anzunehmen. Ein solches Verhalten verstoße „wider das ampt und wirde eynes richters", ein Richter, der eine Belohnung annehme, sei vielmehr dem Nachrichter zu vergleichen. So appelliert die CCC gleichzeitig an die Ehre des Richters, außer seinem Gehalt von keiner Seite irgendeine Belohnung anzunehmen.

Die CCC kennt auch schon eine beamtenrechtliche Haftung. In den Artikeln 20 und 21 ist die zivilrechtliche Haftung des Richters ausgesprochen bei ungesetzlicher Anwendung der Folter. Art. 20 sagt hiezu folgendes: „Wo auch eyniche oberkeyt oder richter in solchem überfüren, Sollen sie, dem so also wider recht, on die bewisen anzeygung gemartert wer, seyner schmach, schmerzen, kosten und schaden, der gebüre ergetzung zu thun schuldig seyn". Und zwar gibt es hievon absolut keine Ausnahme; denn in Art. 20 heißt es weiter: „Es soll auch keyn oberkeyt oder richter in diesem

31) In den Gebieten, die sich eigene peinliche Gesetze gegeben haben, wird der Eid natürlich auf diese Gesetze geleistet, so z. B. in der hessischen Halsgerichtsordnung aus dem Jahr 1535: „und sonderlich so will ich meynes gnädigsten Fürsten und Herrn von Hessen peinlichen Gerichtsordnung getreulich geleben". Bei den Protestanten lautet am Schluß die Eidesformel statt der Worte „also helff mir Gott und die Heyligen Evangelia" „so wahr mir Gott helffe und seyn heyliges Wort".

32) Vgl. hiezu Meister, S. 57. Ebenso Zachariä, S. 245 in der Anm. 11.

Fall keyn urphede[33]) helffen, schützen oder schirmen, daß der gepeinigt seyn schmach, schmertzen, kosten und schaden mit recht[34]), doch alle thätliche handlung ausgeschlossen, wie recht[35]) nit suchen möge".

In Art. 61 ist von der strafrechtlichen Haftung des Richters die Rede: „Wo aber solch peinlich frag diser und des heyligen Reichs rechtmäßigen ordnung widerwärtig gebraucht würde so weren die selben richter, als ursächer solcher unbilliger peinlich frag strafflich, und sollen darumb nach gestalt und gelegenheyt der überfarung, wie recht ist, straff und abtrag leiden und mögen darumb vor irem nechsten ordentlichen obergericht gerechtfertigt werden". Selbst Unwissenheit entschuldigt den Richter bei Gesetzes „überfarungen" nicht, heißt es in Art. 219. Daneben soll der Richter auch der Strafe im Jenseits nicht entgehen, da er „bei . . . seiner seel seeligkeit schuldig" ist, „nach seinem besten verstehn gleich und recht zu richten". Die CCC bezweckt mit all diesen Bestimmungen, daß einmal der Beschuldigte nicht unrechtmäßig bestraft werde, daß auf der andern Seite der Richter jedesmal aufs genaueste zu prüfen habe, ob er die in der CCC vorgeschriebenen Maßregeln anwenden darf oder nicht.

So bedeutet das beamtete Richtertum der Carolina einen völligen Bruch mit der früheren Lehnsverfassung. Die CCC „schaltete das feudale und damit das erbrechtliche Moment aus der Gerichtsverfassung vollständig aus"[36]). Daß neben dem beamteten Richter noch der Patrimonalrichter bestehen blieb, ändert hieran nichts, da der Patrimonialgerichtsherr, der doch in eigener Person das Richteramt ausüben mußte, mit der späteren Einführung des gelehrten Richtertums an Bedeutung vollkommen verlor[37]).

3. Die Voraussetzungen für die Ernennung zum Richter.

Die Ernennung zum Richter erfolgte durch die Obrigkeit, d. h. durch den weltlichen oder geistlichen Landesherrn. Jedoch konnten diese nicht irgendeinen beliebigen Menschen zum Richter bestellen, vielmehr mußte der Richter bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Die CCC spricht schon in ihrer Vorrede von einem „alten oder langwierigen gebrauch und herkommen", daß „die meysten peinlich gericht mit personen, die unsere Keyserliche recht nit gelert,

33) Kohler, S. 149, übersetzt urphede mit den Worten „Eid sich nicht zu rächen". Vogels setzt an die Stelle des Wortes „urphede" in Art. 20 in seiner französischen Uebersetzung der Carolina das Wort „Garantie".

34) „Mit Recht" bedeutet auf gerichtlichem Weg.

35) Güterbock in S. 222 streicht mit Recht diese zwei Worte.

36) So Fehr, S. 286.

37) Siehe hiezu die obigen Ausführungen bei der Behandlung der Patrimonialgerichte auf S. 16.

erfaren oder übung haben, besetzt werden". Weil dem einmal so ist, ist bekanntlich die CCC überhaupt ins Leben gerufen worden, damit „alle und jede unser und des Reichs unterthanen (also nicht bloß die Richter, wie in der Bambergensis) sich hinfürter in peinlichen sachen . . . dem gemeynen rechten, billigkeyt und loblichen herbrachten gebräuchen gemäß halten mögen". Daß die Richter gewöhnlich des Rechts ungelehrte Leute sind, zieht sich dann in den einzelnen Artikeln [38]) wie ein roter Faden durch die ganze CCC. Rechtsgelehrt brauchen also die Richter nicht sein [39]), obwohl Art. 1 ausdrücklich hervorhebt, daß „auch edeln und gelerten gebraucht werden mögen" [40]). Gerade diese kleine Bestimmung bot, nachdem die Rezeption des fremden römischen Rechts in Deutschland erfolgt war, die Möglichkeit, daß bald alle Richter Rechtsgelehrte wurden. Damit sprach sich die CCC offen gegen das Verbot der sog. Reformation Kaiser Friedrichs III. [41]) vom Jahre 1441 aus. Hier wurde im 5. Hauptartikel verlangt, daß „alle Doctores der Rechte, sie seyen geistlich oder weltlich, im heyligen römischen Reich deutscher Nation an keinem Gericht, bei keinem Rechte . . . mehr gelitten, sondern ganz abgethan" werden sollen. Auch sonst wurden zu dieser Zeit überall Klagen über die „Doctoren" laut. So beschwerten sich z. B. im Jahre 1514 die württembergischen Landstände [42]) und forderten, daß bei Angelegenheiten der Untertanen die Doctoren nicht zu Rate gezogen werden sollten, daß vielmehr das Hofgericht mit ehrbaren, redlichen und verständigen Personen vom Adel und den Städten besetzt werde; denn durch die Gelehrten werde das Recht nur verteuert, „so daß jetzt einer, dem Rechtens Noth thue, mit 10 Gulden nicht davon komme, der vielleicht vor 12 Jahren mit 10 Heller die Sache gar gerichtet hätte".

Neben den Rechtsgelehrten werden auch die Adligen als für das Richteramt geeignete Personen genannt. Dies erklärt sich aus dem damaligen Verfall der Landgerichte. Die CCC will insbesondere gerade dem Adel zu Gemüte führen, daß es für ihn keine Unehre oder gar Schande sei, als Richter oder Urteiler mit zu Gericht zu sitzen.

Nach dem ersten Artikel der CCC müssen die Richter vor allem vier Eigenschaften besitzen. Sie sollen fromm, ehrbar, verständig

38) Z. B. die Artikel 138, 143, 146, 219.

39) Völlig unverständlich ist die Behauptung Tittmanns in seinem Buch § 75, die CCC verlange überhaupt „edle und gelehrte Richter und Schöffen". Er wundert sich dann in der Anmerkung, daß doch noch Ungelehrte diese Stellen innegehabt hätten.

40) „Mögen" bedeutet hier wohl = dürfen, vgl. Schötensack, S. 13.

41) Wahrscheinlich stammt dieses Verbot aus einer späteren Zeit, da bekanntlich erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts sich die gelehrten Juristen in den deutschen Gerichten breit machten. Vgl. auch Eichhorn, S. 114 ff.

42) Vgl. Zachariä, Ueber die Schöffenverfassung... S. 87, Anm. 2.

und erfahren sein und zwar „so tugentlichst und best die selbigen nach gelegenheyt jedes orts gehabt und zu bekommen sein". Die Kommentatoren sprechen hier von den „quattuor virtutes iudicis criminalis" und erinnern gleichzeitig an die vier Kardinaltugenden des Schwabenspiegels, wo es im Kapitel 71 § 3 [43]) heißt: „Ein jeglich richter soll vier tugent an im han. Dieselben vier tugent die heißent die kardinäle tugent oder Fürsten über alle tugente. Daz eine ist rechtigkeit, daz ander wisheit, daz dritte sterke, daz vierte maze" [44]). Uebrigens kennt das schwäbische Landrecht ebenfalls die vier Kardinaltugenden des Schwabenspiegels, während die alten Glossatoren [45]) sich begnügen, „wenn ein Richter mit zween salzen gewürzet ist, nemlich mit dem sale sapientiae, ne sit insipidus und dem sale conscientiae, ne sit diabolicus".

Die vier Eigenschaften, die die CCC vom Richter verlangt, stellen hohe Anforderungen an seine Person. Während in den beiden ersten, der Frömmigkeit und Ehrlichkeit, mehr die charakterliche, menschliche Seite des Richters betont wird, kommt in den beiden letzten, der Klugheit und Erfahrung, mehr die logisch-juristische Seite zur Geltung. Fehr [46]) schreibt daher mit Recht, daß die CCC „im Richter durchaus juristische und menschliche Postulate" vereinige. Der Richter muß deshalb schon in gereiftem Alter stehen, da den jungen Leuten noch die Erfahrung fehlt. Desgleichen sollen „Weibs-

43) S. Gengler, S. 53.

44) Der Schwabenspiegel fährt dann in seiner wundervollen Sprache weiter fort und erläutert diese vier Tugenden: „Er sol gerechtigkeit haben also, daz er durch liebe noch durch leide noch durch gutes miete niht entu wan daz recht si. Er sol auch starc sin also, daz er sin herze also starc halte, daz es dem libe nimer gerate, daz wider recht si. Und ob daz herze einen bösen mut gewinne, so soll der lip also starc sin, daz er dem bösen mute widerstehe. Wan diu tugent vor allen tugenten get, der bösem mute widerstet. Ein rihter sol also starc sin, daz er sinen lip und sin gut wage durch daz, daz er da reht beschirme. Er sol auch die wisheit haben, also daz er daz übel von dem guten kunne scheiden und daz gute von dem übel. Und kan er daz, so ist er ein wiser rihter. Er sol auch got fürchten und daz reht minnen; wan daz ist diu beste wisheit. Er sol auch alles unrecht hazen. Er sol auch die maze haben, daz er durch reht noch durch unreht nimer also unmenschlichen Zorn gewinne, daz er wider daz reht iht getue. Er sol nimer so zornig werden, swie gewaltic er si, daz er unzüchtigiu wort imer gespreche oder ieman schelte. Er sol weder ze gehe noch ze trege sin an dem gerichte. Er sol auch mezig sin an essen und an trinken und an allen den Dingen. Diese vier tugente sind also tugenhaft, daz ir eine ane die andern kein frume ist; und swer an ir einer missetut, der hat an in allen missetan. Dies vier tugente die zement allen herren wol und allen den, den got gerichte und gewalt hat bevolhen uf ertriche. Und sit daz gewiß swelich herrn und welich richter diese vier tugente niht enhat, den hazet got und er missevallet wisen liuten."

45) S. Meister, S. 52.

46) S. 285.

personen nicht zugelassen werden“ [47]), da es ihnen an der nötigen Klugheit mangele.

Außer Art. 1 wird an verschiedenen Stellen der CCC [48]) immer wieder deutlich gemacht, der Richter habe mit Fleiß und Verständnis zu richten. Ferner soll der Richter keine ungesetzlichen Mittel anwenden und jederzeit „dem rechten schleunig nachgehen“ (Art. 77). So wird die CCC tatsächlich nicht müde, dem Richter fortwährend aufs neue einzuschärfen, wie er sich zu verhalten hat.

4. Die Stellung des Richters in der CCC.

Genau wie schon in der fränkischen Zeit der Richter das Gericht zu „hegen“ und zu „bannen“ hatte, im Verlauf des Prozesses den Vorsitz führte und für die Vollstreckung des Urteils verantwortlich war, auf die Entscheidung aber nicht einwirken konnte, genau so war es noch in der späteren Zeit bis zur Carolina. Die CCC erst änderte die Stellung des Richters grundlegend. Auch jetzt war er der Verhandlungsleiter im peinlichen Prozeß. Aber dazu kam im Gegensatz zu früher, daß der Richter neben den Schöffen mit zu urteilen hatte. Das ergibt sich schon aus dem Eid, den der Richter in Artikel 3 zu schwören hat. Er ist jetzt „stimmberechtigtes und zwar präsidierendes Mitglied des Urteilskollegiums“ [49]). Nach Art. 81 z. B. sollen sich „richter und urtheiler mit eynander unterreden und beschließen, was sie zu recht sprechen wollen“. Damit ist die alte „Trennung von urteilender Richterbank und verhandlungsleitendem Richter“ [50]) fallen gelassen worden.

Wenn es auch rein äußerlich betrachtet noch hie und da den Anschein hat, der Richter sei wie früher nur der Frager des Rechts, wie z. B. bei dem endlichen Rechtstag, so ändert das an der tatsächlichen Stellung des Richters als Miturteiler nicht das geringste. Denn jedem endlichen Rechtstag geht die Beratung des Gerichts voraus [51]), wo schon ganz genau festgelegt wird, was rechtens ist und zwar durch Beschluß des Gerichts (also des Richters mit den Schöffen) oder durch Versendung der Akten an eine berufenere Instanz. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß der nachfolgende endliche Rechtstag nichts mehr bedeutet, sondern als Ueberbleibsel aus der alten Zeit bestehen geblieben ist. Das Urteil war bereits beschlossen und die Schöffen gaben in ihrer übrigens von der CCC genau vorgeschriebenen Antwort gar nicht an, was als Recht zu erkennen sei, sondern bezogen sich lediglich auf das schon beschlossene Urteil. Der endliche Rechtstag erhielt

47) S. Meister, S. 53.
48) Vgl. hiezu die Art. 150, 203, 219.
49) S. Schötensack, S. 15.
50) S. Fehr, S. 286.
51) Vgl. Art. 81.

sich an manchen Orten bis ins 19. Jahrhundert, nachdem er sich freilich nur auf die wichtigsten Fälle, d. h. auf die Verkündung von Todesurteilen, beschränkt hatte.

Aber der Richter ist nicht bloß Miturteiler, sondern in manchen prozessualen Fragen [52]) entscheidet er vollkommen allein, er ist also an die Zustimmung der Schöffen überhaupt nicht gebunden. Diese einseitige Gewichtsverlagerung zugunsten des Richters bedeutet in der Gerichtsverfassung etwas völlig Neues. Als Karl d. Gr. im gebotenen Ding das Urteil durch den Spruch der Rachinburgen und nicht mehr durch die Zustimmung des ganzen Volkes zustande kommen ließ, war dies keine große Neuerung. Vielmehr wurde nur das zum Gesetz erhoben, was tatsächlich schon längst in Uebung war. Daß jetzt aber bei der Urteilsfindung der Richter mitentscheidet, ist doch etwas ganz anderes. Hier liegt nämlich der Beginn des Schöffengerichtes „in seiner modernen Form, bei der der Vorsitzende gemeinsam mit den Schöffen berät und entscheidet" [53]).

Mit der vollständigen Rezeption der fremden Rechte treten die Schöffen jedoch immer mehr in den Hintergrund und der Richter, der bald Rechtsgelehrter sein muß, ist derjenige, der allein die Entscheidung fällt. Namentlich wird diese Entwicklung durch den aufkommenden Absolutismus stark unterstützt, dem die römisch-rechtlichen Berufsjuristen unter die Arme greifen. Sie „begründeten die absolute Staatsgewalt, die unbegrenzte Strafgewalt aus dem römischen Recht und erklärten die Mitwirkung des Volkes an der Rechtspflege für ein dem Volk vom Fürsten gewährtes, jederzeit widerrufliches Privileg" [54]). Damit hatten „die Schöffen aus dem Volk" ihre Rechte eingebüßt. Die CCC selbst begünstigte diese Entwicklung, indem sie Rechtsgelehrte als Richter zuließ und die Richter, „die der rechte nit gelernt haben", immer wieder auf den Rat der Rechtsverständigen verwies. Der ungelehrte Richter war materiell überhaupt nicht in der Lage, diese Bestimmungen zu umgehen, vor allem, weil die CCC die Mischung deutschen und römischen Rechts nicht beseitigt hatte, ferner auch deshalb, weil die Auslegungsschwierigkeiten in der Carolina zu hohe Anforderungen stellten [55]).

Mit dieser Einstellung zum gelehrten Berufsjuristen ist die CCC „zum Wegbereiter des modernen Richtertums geworden" [56]). Da die CCC im eigentlichen Sinne eine Verfahrensordnung ist und daher nur wenig Strafsanktionen enthält, ist der Richter gezwungen, auch aus den von der CCC gebilligten fremden Rechten

52) Vgl. die Art. 54, 74, 151 ff., 82 ff., 94, 96, 97, 158, 207.

53) S. Freisler (Volksrichter), S. 172.

54) Derselbe, S. 175.

55) Vgl. hiezu Hegler, S. 1.

56) S. Schmidt, S. 33.

die Strafbestimmungen zu schöpfen. Dem Richter ward somit ein weites Feld eröffnet, aus den so verschiedenartigen Teilen ein harmonisches Ganzes zu bilden.

5. Der kommissarische Richter.

Es kommt in der CCC vor, daß an Stelle des eigentlichen Richters ein kommissarischer Richter beauftragt wird, in gewissen Prozeßgeschäften tätig zu werden. So sprechen z. B. die Art. 70, 72 und 186 von einem Commissarius.

Seine Ernennung erfolgt durch den Gerichtsherrn. Dies geht aus Art. 72 ohne weiteres hervor. Hiernach sollen nämlich für den Fall, wo ein peinliches Gericht keine „verstendige kundschafft verhörer" besitzt, die „weisungsartikel"[57]) an die Obrigkeit geschickt werden, die sodann geeignete „kundtschafft verhörer ungeacht ob sie nit des gerichts weren" ernennt und sie nötigenfalls mit „Compulsorial und Compaß (= Geleit) brieff" ausstattet.

Die Aufgabe des kommissarischen Richters in der CCC ist nicht etwa, selbst eine Entscheidung in der anhängenden Sache zu treffen, sondern lediglich eine Untersuchungshandlung vorzunehmen, z. B. das Verhör von Zeugen. Durch die Einsetzung von kommissarischen Richtern werden oft große Unkosten erspart, keine unnötige Zeit verloren. Der Commissarius hat bei seiner Untersuchung das gesetzliche Verfahren genau zu beachten. Kreß[58]) legt ihm zur Pflicht auf, darauf zu achten, „ut exacte, quis dixerit, quomodo dixerit et quid dixerit, eidem constet". Die Folter darf der Verhörer gegen einen widerspenstigen Zeugen nicht anwenden. In Art. 76 spricht die CCC aus, daß kein Zeuge „vor richtern oder Commissarien vor peinlicher rechtfertigung vergleit werden" darf, nur „für gewalt" kann dem Zeugen ein freies und sicheres Geleit gegeben werden. Zum Schluß seiner Vernehmung hat der kommissarische Richter ein Protokoll aufzunehmen, und dieses „der oberkeyt, die in zu solcher verhörung verordnet"[59]) zu übersenden. Die „Obrigkeit" erteilt dann auf Grund dieses Protokolles dem Richter ihren Rat, „was in solcher sachen zu erkennen sein soll"[60]).

Ob der Commissarius gleich dem peinlichen Richter eidlich verpflichtet werden muß, darüber bestimmt die CCC nichts. Da er bei seiner Tätigkeit die Person des ordentlichen Richters vertritt, ist es nötig, daß er zum mindesten auf seine „Commission" hin in Eid und Pflicht genommen wird, wenn man nicht sogar so weit gehen will, und für ihn überhaupt den Eid des peinlichen Richters gemäß Art. 3 CCC vorschreibt. Denn der Einwand, daß der

57) Vielleicht am besten zu übersetzen mit „Beweismaterial".
58) S. 212 notae ad art. 71 und 72 § 1.
59) Vgl. Art. 73.
60) Ebenfalls Art. 73.

Richtereid nur auf die Entscheidung der Sache gerichtet sei, während der Commissarius eine Entscheidung nicht zu treffen habe, ist ohne Bedeutung. Das Richteramt besteht ja außer der Entscheidung in der Beobachtung strengster Unparteilichkeit und des vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Verfahrens, worauf der Eid der CCC ausdrücklich mit gerichtet ist. Und diese richterlichen Pflichten treffen den kommissarischen Richter ebenso wie den ordentlichen peinlichen Richter. Man geht also nicht zu weit, wenn man behauptet, daß der Commissarius zum wenigsten auf den Teil des Richteramtes eidlich verpflichtet werden muß, der ihm aufgetragen wird [61]). Durch die Einsetzung des kommissarischen Richters ist übrigens der Grundsatz der Unmittelbarkeit weitgehendst durchbrochen [62]).

II. Die Schöffen.

1. Allgemeines über das Amt der Schöffen.

Nach der CCC bilden die Schöffen einen wesentlichen Bestandteil der peinlichen Gerichte, obgleich „der werdende Staat der Neuzeit eine Ersetzung des Volksrichters, des Schöffen, durch den beamteten, vom Staat abhängigen Berufsrichter erstrebte“ [63]). Der des Rechts unkundige Schöffe konnte den neuen Anforderungen nicht mehr gerecht werden. Trotzdem mußte die Carolina mit dem Vorhandensein des Schöffensystems noch rechnen; es einfach mit einem Schlag über den Haufen zu werfen, war geradezu unmöglich. Im Institut der Schöffen sah namentlich das Volk einen besonderen Schutz des Angeklagten. Nicht umsonst war auch eine der Forderungen im Bauernkrieg: Beseitigung des rechtsgelehrten Juristen. Ueberaus geschickt hat gerade hier die CCC einen Weg vom Mittelalter zur Neuzeit gefunden, zwischen überkommenen Verhältnissen und neuen Forderungen vermittelt [64]). Sie beseitigt den Schöffen nicht, aber sie macht ihn zum Richter minderen Ranges, da man von ihm bei der Vielgestaltigkeit der Einzelfälle ein richtiges Urteil nicht immer erwarten kann.

2. Der Name „Schöffe“.

Woher die Bezeichnung „Schöffe“ rührt, ist nicht ganz klar. Einige leiten es von schaffen, facere, her, weil die Schöffen die Urteile schafften und machten. Richtiger erscheint wohl die Ansicht, daß die Schöffen ihren Namen von dem Wort scepen = hau-

61) So auch Meister, S. 171.
62) Vgl. hiezu meine Ausführungen weiter unten auf S. 53.
63) S. E. Schmidt, S. 32.
64) Derselbe, S. 32.

rire, invenire bekommen haben (das Urteil schöpfen oder finden). So heißt es auch in der Deklaration über die im Jahre 1441 gemachte Reformation Kaiser Friedrichs III.: „Daß an keinem Rechten, hoch oder niederen Standes keine Doctores sollen sitzen, helfen recht sprechen, schöpfen, noch beschließen". Art. 1 der CCC machte Reformation Kaiser Friedrichs III.: „Daß an keinem Rechtheiler" der CCC nur der Schöffe gemeint ist, beweist insbesondere Art. 4, der in seiner Ueberschrift vom „Schöpffen oder urtheylsprecher Eyde" spricht.

3. Die Eigenschaften eines Schöffen.

Wie die Richter, so müssen auch die Schöffen nach Art. 1 fromme, ehrbare, verständige und erfahrene Personen sein. Sie brauchen nicht rechtsgelehrt sein, ja sie werden gewöhnlich sogar des Schreibens unkundig gewesen sein. Freilich können auch die Doctoren der fremden Rechte (denn darunter versteht man die in Art. 1 genannten gelehrten Personen) als Gerichtsbeisitzer zugelassen werden, worin sich wiederum zeigt, daß der Sieg des fremden Rechts über das Einheimische schon entschieden war. Das Amt eines Schöffen kann jeder freie, unbescholtene Mann bekleiden, was aus Art. 146 hervorgeht, wo vom „gemeynen mann, so an den peinlichen gerichten sitzen" die Rede ist. Früher war die Fähigkeit zum Schöffenamt an Grundbesitz gebunden [65]).

4. Die Wahl zum Schöffen.

Wem die Wahl der Schöffen zusteht, ist in der CCC nicht deutlich gesagt. Art. 1 betont im allgemeinen nur soviel, daß „eyn jede oberkeyt möglichen fleiß anwenden sol, damit die peinlichen gericht zum besten verordnet". Im übrigen wird in dieser Hinsicht alles den „alten, wolherbrachten rechtmeßigen und billichen gebreuchen" überlassen.

Nach der carolingischen Verfassung wurden die Schöffen unter Aufsicht des Missus durch den Grafen und die Gemeinden bestellt. Im hohen Mittelalter ernannte der Richter „mit weiser Leute Rat" die Schöffen; diese mußten vom König oder dem Patrimonialgerichtsherrn bestätigt werden. Das sagt uns der Schwabenspiegel in Art. 96 § 6 [66]): „Nieman sol urtheyl spreken, wan die dar zu erwelt werdent und in darnach erloubet wirt. Daz urloup gibet der künic und swelich herre gerichte von dem künic hat. Man sol si welen mit wiser liute rate; und die man da welt, die suln ouch wise liute sin. Ir sol zu dem minsten siben sin über ein jegliche sache. Ist ir mer, daz ist ouch gut."

65) Vgl. Schröder-v. Künsberg, S. 609.
66) S. Gengler, S. 74.

Wie man es zur Zeit der CCC mit der Wahl der Schöffen hielt, das muß man aus den gleichzeitigen Partikularrechten entnehmen. Hier gibt uns die Landesordnung der Fürstlichen Grafschaft Henneberg vom Jahre 1539 vielleicht den besten Aufschluß, da sie die CCC zu ihrem Vorbild genommen hat. Diese Hennebergische Landesordnung wurde von dem Grafen Wilhelm VII. veröffentlicht und hatte ihren Geltungsbereich in den Meiningen'schen Teilen von Henneberg, wo sie noch zuletzt im Jahre 1720 gedruckt wurde. Sie besteht aus insgesamt 8 Büchern, von denen das zweite Buch in seinem ersten Titel die Gerichtsverfassung regelt; für die peinlichen Gerichte enthält außerdem noch das siebte Buch besondere Bestimmungen. Nach dem Kapitel 4 Buch 2 Titel 1 sollen die Gerichte mit einem Richter und 12 tauglichen Rechtsprechern oder Schöffen besetzt sein, deren Bestellung auf Lebenszeit erfolgt. Es heißt dann in Kapitel 5 weiter: „Unser Land-, Stadt-, Amt- oder Voigtgerichte sollen uns hinfürter zu jeden Zeiten, so die hie oben im vierten Kapitel geordnete Zahl der Schöffen nicht erfüllet, an eines jedweden statt zween ehrbare und fromme, unverleumbte und geschickte Männer nach ihrem Gewissen, bey gethanen Aydspflichten, in demselben Amt oder Gerichte seßhafft, fürstellen und präsentieren, einen daraus zu dem Schöffenamt zu erkiesen, und welchen wir daraus für tüglich achten, und zu dem Schöffenstuhl erweisen würden, der soll auch dem Gerichte und andern mitsitzenden Schöffen gut und unverworffen seyn." Im 7. Buch[67]) ist dazu noch angeordnet, daß die Schöffen in den Städten (Schleusingen, Themar, Wasungen und Ilmenau) zur Hälfte aus dem Rat, zur andern Hälfte aus dem Land- oder Voigtgericht genommen werden müssen, während in den andern Aemtern alle 12 Schöffen aus der Gemeinde zu wählen sind.

5. Der Schöffeneid.

Durch den Eid, den die Schöffen vor ihrem Amtsantritt zu leisten haben, kommt ihnen die Bedeutung öffentlicher Personen zu. Die Schöffen bekleiden also ein ständiges öffentliches Amt. Falls sie dieses Amt vernachlässigen, so werden sie bestraft; dies ist allerdings nur im allgemeinen in Art. 1 in Verbindung mit Art. 219 (Schluß) ausgesprochen, wo allen Gerichtspersonen der größte Fleiß eingeschärft wird. Der Eid des Schöffen ist in Art. 4 niedergelegt, wo „eyn jeder, Schöpff oder urtheylsprecher des peinlichen gerichts" vor dem Richter folgendermaßen schwören muß: „Ich . . . . schwere daz ich soll und will in peinlichen sachen rechte urtheyl geben und richten dem armen als dem reichen, und das nit lassen, weder durch lieb, leydt, miet, gab noch keynen andern sachen wegen. Und sonderlich so will ich Keyser Karls V. und

67) Titel 1, Kap. 1.

des heyligen Reichs peinlicher gerichtsordnung getrewlich geleben, und nach meiner besten verstentnuß halten und handthaben, alles getrewlich und ungeverlich, Also helff mir Gott und die heyligen Evangelia".

Wenn man den Eid des Schöffen mit dem des Richters in Art. 3 vergleicht, so kommt man zu folgenden notwendigen Feststellungen. Zunächst schwört der Richter „daß ich soll und will . . . . recht ergehen lassen"[68]; hier wird er auf die pflichtmäßige Hegung und Leitung des Gerichts, Ausführung des Urteils usw. hingewiesen. Ferner schwört er, daß er will „recht ergehen lassen, richten und urtheylen, dem armen als dem reichen", der Schöffe dagegen, daß er will „in peinlichen sachen rechte urtheyl geben und richten dem armen als dem reichen". Beim Richter wird also das „richten" vor das „urtheylen" gesetzt, da er ja vor dem Endurteil über den Gang des Verfahrens zu entscheiden hat und hiebei auch in die Lage kommt, über einzelne vorzunehmende Handlungen selbst zu entscheiden, zu „urteilen". Beim Schöffen dagegen wird als seine Hauptaufgabe angesehen „rechte urtheyl zu geben", wobei noch angefügt ist „und richten", weil er ja auch beim Verfahren schon mitwirken muß; hier ist allem Anschein nach das „richten" nicht bloß auf die Tätigkeit des Richters beschränkt[69]). Nach dem Schöffeneid haben also die Schöffen durchaus noch ihre Bedeutung als „Urteilsprecher", was auch noch daraus geschlossen werden kann, daß die Schöffen nach ihrem „besten verstentnuß" die Gerichtsordnung „halten und handthaben" wollen, während die Richter dies nach ihrem „besten vermögen" tun. Letzteres paßt besser auf das „recht ergehen lassen" des Richters, während das erstere mehr auf das „urtheyl geben" der Schöffen abgestellt ist. Auf der andern Seite hat aber gleichzeitig die CCC zu dem Verfall der alten Schöffenverfassung beigetragen, indem sie durch das immer wieder angeordnete Ratsuchen den Zustand hergestellt hat, daß bald nur noch rechtsgelehrte Richterkollegien die Urteile fällten.

6. Die Bedeutung der Schöffen (die Schöffen als notwendige Personen).

Im ersten Artikel der CCC werden die Schöffen zu notwendigen Personen des peinlichen Gerichts erklärt. Daß im peinlichen Prozeß jede wichtige Handlung nur unter Mitwirkung der Schöffen geschehen darf, haben wir oben auf Seite 21 schon festgestellt. Dies ergibt sich auch ganz allgemein aus Art. 181, wo dem Gerichts-

68) „Recht ergehen lassen" bedeutet wie das „richten" nach dem Sprachgebrauch der CCC lediglich die formelle Tätigkeit des Richters. Das Wort „urtheylen" dagegen hat die Bedeutung von „Recht sprechen".

69) Schötensack, S. 16, sieht hierin einen Redaktionsfehler, da sich das „richten" nur auf die Tätigkeit des Richters beziehen könne.

schreiber geboten wird, alle Fragen, die sich auf die Anklage und die Verteidigung beziehen, sorgfältig aufzuzeichnen, und wo es dann weiter heißt: „Und soll solches alles zum wenigsten vor dem richter oder seinem verweser und zweyen des gerichts beschehen." Diese Bestimmung wird im 183. Artikel bestätigt, wo der Kläger den Beweis der Anklage auch vor dem Schöffen führen kann.

Daß die Schöffen am endlichen Rechtstag sogar die alleinigen sind, die das Urteil sprechen, nachdem der Richter an sie die entsprechende Frage gestellt hat, hat weiter keine Bedeutung, da ja der endliche Rechtstag in der CCC zur reinen Formalität geworden ist[70]). Sie sind hier vielmehr zu bloßen „Jaherren" herabgesunken.

Jedoch muß noch die Tätigkeit der Schöffen als Fürsprecher erwähnt werden. Nach Art. 88 kann sowohl der Ankläger wie der Angeklagte sich aus der Zahl der Schöffen einen Fürsprecher wählen. Falls der Schöffe das Geschäft des Fürsprechers übernimmt, wird er vom Richter an seinen Eid erinnert und gemahnt, der peinlichen Gerichtsordnung nicht entgegen zu handeln. Doch sollen die Schöffen, die als Fürsprecher des Anklägers auftreten, bei der Feststellung des Urteils nicht mehr mitwirken dürfen; diese Bestimmung kann ohne weiteres auch auf den Fürsprecher des Angeklagten ausgedehnt werden, da sonst eine Parteilichkeit zugunsten des Angeklagten gegeben wäre.

Wenn so auch der Schein alter Herrlichkeit für die Schöffen dadurch gewahrt ist, daß sie überall im Laufe des Prozesses, wo es sich um einen Rechtspunkt handelt, vom Richter gefragt werden, so hat dies in Wirklichkeit nichts mehr zu bedeuten; denn entweder war der Richter „Rechtsverständiger", dann wurden die gemeinsamen Beschlüsse von Richter und Schöffen auf des Richters Anweisung gefaßt, oder aber er war nicht Rechtsverständiger, dann wandten sich nach der ausdrücklichen Vorschrift der Carolina Richter und Schöffen an auswärtige Rechtskundige und holten sich bei ihnen Rat. In beiden Fällen waren also die Schöffen in der Tat bloße „Jasager"[71]).

7. Die Belohnung der Schöffen.

Ueber eine eigentliche Belohnung der Schöffen schweigt die CCC. Nur Art. 204 spricht vom „Kostgeld" und den sonstigen Kosten „auff besetzung des gerichts, der scheffen oder urtheyler". Diese Kosten fallen dem Gerichtsherrn zur Last; der Ankläger hat hiefür nicht aufzukommen, was in diesem Artikel besonders erwähnt ist.

70) Vgl. die obigen Ausführungen auf S. 28.

71) S. Geyer, S. 59.

8. Die Schöffen der CCC im Verhältnis zu unsern heutigen Schöffen und Geschworenen.

Gemeinsam haben die Schöffen der CCC mit unseren heutigen Schöffen und Geschworenen, daß beide aus dem Volke stammen, durch Eid verpflichtet werden und mit an der Urteilsfindung beteiligt sind. Der Unterschied besteht einmal darin, daß die Schöffen der CCC auf Lebenszeit ernannt werden, während unsere heutigen Schöffen und Geschworenen nur für eine bestimmte Zeit berufen sind. Damals war es also ein ständiges öffentliches Amt, das der Schöffe bekleidete, während man heute nur von einem vorübergehenden öffentlichen Dienst sprechen kann. Mit diesem öffentlichen Amt in der CCC hängt zusammen, daß damals der Schöffe nicht einfach abgesetzt werden konnte, vielmehr hielt man sich durch den Eid des Schöffen, durch die hohen Anforderungen, die bei der Ernennung des Schöffen vorausgesetzt wurden und dgl. genügend gesichert. Ferner ist bei unsern heutigen Gerichten der Richter derjenige, der sich im Recht und in den Gesetzen auskennt, der also nötigenfalls die des Rechts unkundigen Schöffen und Geschworenen belehren kann. Im peinlichen Gericht der CCC dagegen verhält es sich noch anders, da hier der Richter ebenso wie die Schöffen gelehrt sein kann oder auch nicht. Ja, vor der CCC war es vielfach so, daß die Schöffen die des Rechts erfahrenen Männer waren, während das der Richter nicht sein brauchte. Das ersieht man am besten aus einer Stelle des Schwabenspiegels[72]: „Vor dem werltlichen gerichte sprechent die richter nit selber urteil. Daz ist da umbe gesezet, daz die werltlichen richter niht alle wise liute sind und daz daz vil wanlicher (wahrscheinlicher) ist, daz unter den liuten allen, die da bi dem richter an dem gerichte sint oder sizent, vil wiser liute sint, wan der richter si."

III. Der Gerichtsschreiber.

Die dritte notwendige Person in der CCC ist der Gerichtsschreiber. Die CCC sieht seine Gegenwart für ausdrücklich erforderlich an; dies erhellt sich neben Art. 1 aus Art. 181, wo dem Gerichtsschreiber zur Pflicht gemacht wird, daß er „bemelte beschreibung ... ordentlich und underschiedlich" ausführe.

1. Der Begriff des peinlichen Gerichtsschreibers.

Schon in der fränkischen Zeit war der Gerichtsschreiber unter dem Namen scriba, notarius oder cancellarius bekannt. Auch die Langobarden machten z. B. ihrem Kanzler zur Pflicht, über den Verlauf des Prozesses und über das Urteil eine Urkunde anzufertigen. Seit dem 14. Jahrhundert war es in allen Gerichten

72) Kap. 71, § 5. Bei Gengler S. 54.

üblich, die Gerichtshandlungen durch einen Gerichtsschreiber zu Papier zu bringen.

Die CCC spricht in den Artikeln 1, 5, 15 und namentlich in den Artikeln 181 ff. von dem peinlichen Gerichtsschreiber. Sie redet in diesen Artikeln wohl von den Eigenschaften und Pflichten des Schreibers, jedoch eine genaue Begriffsbestimmung gibt sie nicht. Man kann den Gerichtsschreiber als die gerichtliche Person bezeichnen, die „zur genauen Beschreibung und Anordnung der gerichtlichen Handlungen und getreuen Verwahrung des Aufgezeichneten eidlich bestellt ist“ [73]).

2. Seine Eigenschaften.

Zunächst muß der Gerichtsschreiber, genau wie der Richter und die Schöffen [74]), die vier Kardinaltugenden besitzen, von denen bei ihm besonders die Ehrbarkeit hervorgehoben werden muß; denn wenn ihm die Ehrlichkeit fehlt, kann man von ihm nicht erwarten, daß er alles „getrewlich aufschreibt“. Aber auch „verstendig und erfarn“ soll er sein, damit er dem Gang der Verhandlung richtig folgen kann und das Wesentliche vom Unwesentlichen zu trennen versteht und so nichts unnötiges in seinem Protokoll festhält. Im übrigen können nach Art. 1 auch Adlige und Rechtsgelehrte zu Gerichtsschreibern bestellt werden. Daß der Schreiber die Eigenschaften eines Notarius haben muß, wie es in einigen Landesgesetzen der Fall ist (z. B. in Kursachsen), ist in der CCC nicht verlangt [75]). Die in der Carolina vorkommenden Bezeichnungen sind lediglich „schreiber“ und „gerichtsschreiber“.

In Art. 5 ist des „schreibers eyde“ wiedergegeben, wonach er zu schwören hat, daß er „soll und will in den sachen das peinlich gericht betreffend, fleißig auffmerken haben, klag und antwurt, anzeygung argkwon, verdacht oder beweisung, auch die urgicht des gefangen, und wes gehandelt wirdet, getrewlich auffschreiben, verwaren und so es not thut verlesen. Auch darinn keynerley geverde suchen und gebrauchen“. Zum Schluß wird der Gerichtsschreiber ebenso wie Richter und Schöffen auf „Keyser Karls V. und des heyligen Reichs peinlich gerichtsordnung“ vereidigt, die er „getrewlich fürdern und . . . . (zu) halten“ gelobt. Erst durch die Ableistung des Eides erhält der Gerichtsschreiber den Charakter einer öffentlichen Person, was bei ihm besonders wichtig ist, da von ihm einzig und allein die vollkommene Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Handlungen abhängt. Deshalb kann er sein Amt ohne

73) S. Meister, S. 83.

74) Vgl. Art. 1.

75) Kreß, in Art. 181, Anm. 1, S. 694. verneint dieses Erfordernis ebenfalls: Ut praecise notarius simul sit actuarius, praxi communi extra Saxoniam non requiritur.

Leistung des Diensteides nicht gültig ausüben. Auch durch die erst nachträglich vorgenommene Beeidigung wird die Nichtigkeit der prozessualen Handlungen nicht aufgehoben; denn das würde gegen den Sinn der CCC verstoßen, die eben für das gültige Tätigwerden des Gerichtsschreibers dessen Beeidigung nach Art. 5 voraussetzt[76]).

Wie die Beeidigung des Gerichtsschreibers vor sich geht, darüber schweigt die CCC. Es ist daher auf die einzelnen Landesgesetze zu verweisen. Gewöhnlich verhält es sich so, daß der Gerichtsschreiber in Anwesenheit der Schöffen vom Richter in Eid und Pflicht genommen wird. Interessant ist jedoch z. B. der Vorgang in der kursächsischen Prozeßordnung[77]); hier geschieht die Beeidigung in höchst feierlicher Form. In Gegenwart sämtlicher Gerichtsuntertanen (d. h. es werden wenigstens alle geladen) erklärt zunächst der Gerichtsherr oder in seinem Namen ein anderer die Notwendigkeit des Gerichtsschreibers und ermahnt diesen gleichzeitig, er solle sein Amt nach bestem Wissen und Gewissen ausüben. Darauf nimmt ein Notarius zusammen mit 2 Zeugen den Eid ab. Ueber die ganze feierliche Handlung wird ein Bericht verfertigt, der jeweils in die Gerichtsbücher aufgenommen wird.

3. Die Ernennung des Gerichtsschreibers

obliegt dem, der überhaupt das Recht hat, die peinlichen Gerichte zu bestellen, also dem Gerichtsherrn. Entsprechend hat nach Art. 204 der Gerichtsherr allein für die Bezahlung des Gerichtsschreibers aufzukommen.

Die CCC spricht vor allem deshalb so ausführlich von den Pflichten des Gerichtsschreibers, da sie ihm eine besonders wichtige und verantwortungsvolle Stellung beimißt. Die häufig angeordnete Aktenversendung hat nämlich notwendig zur Folge, daß sämtliche Prozeßhandlungen aufs genaueste schriftlich aufgezeichnet werden.

Zunächst ist dem Schreiber in Art. 181 auferlegt, „alle handlung, so peinlicher klag und antwurt halb geschieht, gar eygentlich (= genau), underschiedlich und ordenlich" aufzuschreiben. Und zwar hat er seine Protokolle sofort[78]) anzufertigen, er darf sie nicht erst geraume Zeit nach der Gerichtsverhandlung schreiben. Diese Verpflichtung ist z. B. später in der kurbrandenburgischen Kriminal-Instruktion vom Jahre 1736 folgendermaßen gekennzeichnet: „Auch soll mit Niederschreibung solcher und anderer vorkommenden gerichtlichen Handlungen nicht lange gewartet werden,

76) Dieser Ansicht ist auch Kreß in seiner Anm. zu Art. 5, S. 30. Ebenso Schötensack, S. 19. Meister betont S. 95, daß der dem Gerichtsschreiber auferlegte Eid „ausdrücklich nur auf die künftigen und nicht auf die vergangenen Registraturen und Protokolle gerichtet" sei.

77) S. dort Titel 2 letzter Paragraph.

78) Vgl. Kreß, ad art. 182, § 2, S. 697.

und indessen fremde Dinge vorgenommen werden, und der actuarius erst hernach, was er etwa behalten, oder ihm wieder beyfällt, ad acta registrieren, als wodurch leichtlich ein oder ander, entweder zu desto deutlicher Vorstellung des Corporis Delicti, oder Defension des Gefangenen dienender Umstand vergessen und ausgelassen werden kann, sondern das Gericht hat Sorge zu tragen, daß die Niederschreibung der Aussage des Inquisiti, oder der Zeugen, oder anderer gerichtlicher Handlungen sofort, und ohne Unterbrechung mit aller Aufmerksamkeit geschehen müsse."

Weiter ist dem Gerichtsschreiber in Art. 189 anbefohlen, alle Protokolle eigenhändig zu schreiben und „dermaßen (zu) underschreiben, daß er solchs alles gehört und geschriben hab, damit auff solch formliche gründtliche beschreibung stattlich und sicherlich geurtheylt . . . . werden möge". Daraus wird deutlich, daß der peinliche actuarius einem andern die Verfertigung der Protokolle nicht übertragen darf, was ja auch aus der eidlichen Verpflichtung hervorgeht, die nur ihn, aber sonst niemand verpflichtet.

Die Protokolle sollen deutlich und vollständig beschrieben sein; Art. 189 sagt hiezu wiederum, daß alle Handlungen „gar fleißig und underschiedlich nacheynander und libels weiß geschriben werden". Was die Vollständigkeit betrifft, so stellt Beyer[79]) folgenden Satz auf: „Non adeo nocet superfluorum adjectio, quam omissio necessariorum." Daß die CCC auf diese Genauigkeit so großen Wert legt, läßt schon erkennen, welche Bedeutung dem schriftlichen Verfahren zukommt.

Nach Art. 182 und 189 müssen die Protokolle mit dem genauen Datum versehen sein, ja sogar die Stunde der Verhandlung muß angegeben sein; außerdem hat der Gerichtsschreiber die Namen des Richters und der Schöffen, die dabei waren, aufzuführen. Zum Schluß ist das Protokoll vom Schreiber „mit seinem Tauff- und Zunamen"[80]) zu unterschreiben. Diese Anordnung gilt für alle Gerichte, also sowohl für die landesherrlichen wie für die Patrimonialgerichte. Einige Landesgesetze haben später auch den übrigen Gerichtspersonen (also dem Richter und den Schöffen) befohlen, die Protokolle zu unterschreiben. Die Braunschweigische Kriminalinstruktion[81]) begründet dies folgendermaßen: „Damit unsere Justiz-Kanzleien wissen mögen, ob bey denen vorkommenden Handlungen alle bey denen Aemtern bestellete Amtspersonen gegenwärtig gewesen, sollen alle Protokolle und Registraturen, so in einer Session verfertigt worden, von denen anwesenden Membris des Amtes unterschrieben . . . . werden."

79) S. 226 zu Art. 189.

80) Kreß, ad art. 182, S. 697: Eine Generalunterschrift wie „Fürstliches Amt" oder „Stadtgericht" genügt nicht.

81) S. bei Meister, S. 108.

Der Protokollinhalt hat dem zu entsprechen, was der Gerichtsschreiber tatsächlich gehört und wahrgenommen hat. „Darzu soll sich der schreiber selbst, auch wie obsteht dermaßen underschreiben, daß er solchs alles gehört und geschriben hab", heißt es in Art. 189. Der Gerichtsschreiber ist also in der CCC noch vollkommen selbständig und es bietet sich durchaus kein Anhaltspunkt dafür, daß später der actuarius „zur gefügigen Schreibmaschine des Richters"[82]) wurde.

Am endlichen Rechtstag ist der Gerichtsschreiber verpflichtet, das schriftlich gefaßte Urteil im Beisein aller beteiligten Personen zu verlesen. Auch die Erklärungen des Fürsprechers sind nötigenfalls auf dessen Antrag zu verlesen[83]). Im übrigen wird der Schreiber in Art. 189 bei seiner Pflicht daran erinnert „allen möglichen fleiß thun, auch was gehandelt ist in g e h e y m halten". Nach Beendigung des Gerichtstages ist es ferner seine Aufgabe, daß „solch gerichtsbuch, oder libel alweg beschlossen und verwart gehalten"[84]) werde. Wo er die Akten aufbewahren soll, ist in der CCC nicht ausgedrückt. Jedenfalls muß es ein entsprechender Ort sein, der für andere nicht zugänglich sein darf. Der Schreiber trägt dafür die volle Verantwortung.

Ueber die Anordnung der Akten gibt Meister[85]) gute Beispiele. Im Anklage-Prozeß hat das Protokoll die Namen des Anklägers, des Angeklagten zu enthalten; auch muß der Gegenstand des Verbrechens aufgeführt sein. Der Inquisitionsprozeß dagegen erfordert nur die Namen des Inquisiten und ebenfalls die Bezeichnung der Uebeltat. Die Aufschrift lautet im Anklageprozeß also folgendermaßen:

Acta criminalia
in Sachen
NN. peinlichen Anklägers an einem,
wider
NN. peinlich Angeklagten am andern Teile
einen Todschlag betreffend.

Im Inquisitionsprozeß:

Acta inquisitionalia
wider
NN.
wegen Todschlag.

Es würde zu weit führen, die besonderen Pflichten des Gerichtsschreibers bei den einzelnen Prozeßhandlungen aufzuzählen. Vor allem ist auf die Art. 181 bis 191 der CCC zu verweisen. Der

82) Schötensack, S. 19.
83) S. die Art. 89 und 90.
84) Vgl. Art. 189.
85) S. 112.

Art. 203 ist noch besonders zu erwähnen; danach wird dem Gerechtsschreiber, dem die Abfassung der Protokolle und die Formulierung des Urteils trotz der Klarlegung in der CCC „über seinen verstandt" geht, befohlen, „sein oberkeyt umb erklerung an (zu)-suchen, und wo aber vorgemelt oberkeyt des auch nit genugsamen verstandt hett, so sollen sie bey andern verstendigen radt suchen". Dies ist die Parallele zu dem Gebot für die Richter und Urteiler, in Zweifelsfällen bei ihren Oberhöfen oder der Obrigkeit Rat zu holen.

Falls der Gerichtsschreiber seine Pflichten verletzt, insbesondere die Ehrlichkeit außer Acht läßt, wird er bestraft[86]). Zwar steht hievon nichts in der CCC, das ergibt sich aber aus den allgemeinen Grundsätzen der CCC.

4. Der Richter kann nicht zugleich das Amt des Gerichtsschreibers ausüben.

Da die CCC zur vollständigen Besetzung des peinlichen Gerichts ausdrücklich die Gegenwart des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Streitfrage, die namentlich die spätere Wissenschaft aufgestellt hat, ob der Richter zugleich Gerichtsschreiber sein könne, schon entschieden. Die CCC fordert die Trennung der beiden Funktionen. Kreß[87]) betont deshalb: „Nec iudex, nec assessor iudicii, munere actuarii defungi potest." Interessant sind hiezu auch die Ausführungen Meisters S. 85: „Eine Person (ist) nicht leicht imstande, die Stelle des Richters und des Gerichtsschreibers zugleich zu vertreten, (da) die Gegenwart und das Amt eines actuarii die Fehler und Bosheiten des Richters teils verhindern, teils entdecken kann." Wenn auch später in den Patrimonialgerichten die Praxis Eingang gefunden hat, daß das Amt des Gerichtsschreibers durch den Richter (der natürlich gleichzeitig den Gerichtsschreibereid abgelegt hatte) mit ausgeübt wurde, so ist davon in der CCC noch keine Spur zu entdecken. Die CCC macht zwischen dem Gerichtsschreiber der landesherrlichen Gerichte und dem der Patrimonialgerichte keinen Unterschied.

IV. Die unteren Gerichtspersonen.

Wir kommen jetzt auf die Leute zu sprechen, die dem peinlichen Gericht im weiteren Sinne angehören, teils als Ausführungs- und Vollstreckungsorgane, teils als sonstige Hilfsorgane des peinlichen Gerichts. Es sind dies vor allem der Nachrichter und seine Knechte, ferner der Türhüter, Büttel und Gerichtsdiener.

86) Vgl. hiezu auch Kreß, ad art. 189, § 2, S. 709.
87) In der Anm. ad art. 181, § 1, S. 694.

1. Der Nachrichter (Scharfrichter).

a) Nach Art. 96 übergibt der Richter den zur peinlichen Strafe Verurteilten dem Nachrichter, damit dieser „die gesprochen urtheyl, mit guter gewarsam und sicherheyt volnziehen müge". In manchen Teilen Deutschlands vollzog der Nachrichter nur die Todesstrafe des Köpfens, während alle Leibes- und Lebensstrafen von den „Henkern" (im Gegensatz zum Nachrichter), die meistens seine Knechte waren, vollstreckt wurden. Daß diese Vorstellung dem Verfasser der CCC nicht zugrunde lag, ist aus Art. 196 ersichtlich, der von der „leibstraff, die nit zum todt oder gefenklicher verwarung" führt, spricht. Hier ist nämlich als Vollstreckungsorgan ausdrücklich der Nachrichter genannt. Die CCC versteht daher unter den Nachrichtern alle die Leute, die die peinlichen Strafen zu vollstrecken haben [88]).

Im alten Rom waren es die carnifices und lictores, die die Strafen an Leib und Leben zu vollstrecken hatten. Die carnifices besaßen kein Bürgerrecht und waren auch sonst allgemein verachtet; sie wohnten außerhalb der Stadt. Bei den Germanen wurde die Vollziehung der peinlichen Strafen ganz anders gehandhabt. Hier oblag diese Aufgabe den Priestern, also den angesehensten Leuten. Unter den fränkischen Königen (den Karolingern) waren es aller Wahrscheinlichkeit nach die Schöffen [89]), ferner auch die Anverwandten, der Ankläger und teilweise der Mitschuldige, die das Scharfrichteramt ausübten. So ist also diese Tätigkeit in den ältesten Zeiten in Deutschland keineswegs für schimpflich oder gar unehrenhaft gehalten worden. Erst mit dem langsamen Eindringen des fremden Rechts verband sich auch bei uns ein nachteiliger und anrüchiger Begriff mit dem Amt des Nachrichters.

b) Sie besitzen zwar das Bürgerrecht, werden aber in die Zünfte nicht aufgenommen. Ferner ist der Scharfrichter von den Versammlungen und Zusammenkünften ehrbarer Leute ausgeschlossen. Mancherorts ist ihm z. B. in der Kirche ein eigener Platz angewiesen, damit er mit den andern Leuten nicht zusammenkomme und ihnen beschwerlich falle. Auch in Wirtshäusern wird er nicht geduldet. Falls der Nachrichter gleichzeitig die „Schinderei" mit betreibt, muß er außerhalb der Stadt wohnen. Die Reichspolizeiordnung aus dem Jahr 1530 [90]) verlangt sogar, „eine jede Obrigkeit (solle) ein fleißiges Einsehen tun, daß sich die Züchtiger, Nachrichter und Feldmeister oder Abdecker, mit ihrer Kleidung tragen, damit sie

88) Nicht zu verwechseln mit dem Nachrichter sind die Schinder, Abdecker u. dgl. Ihre Tätigkeit besteht in den sog. „schmutzigen und grausamen Arbeiten" (vgl. hiezu Meister, S. 123).

89) Vgl. Böhmer, S. 187: Plerumque iunior scabinus, non tantum in Westphalia, sed etiam in aliis Germaniae indiciis.

90) Titel 21.

vor andern erkannt werden". So mußten z. B. in Brandenburg die Scharfrichter und Schinder dunkelgraue Kleider mit entsprechenden Knöpfen, dazu rote, spitzige Hüte tragen. Die Fähigkeit, ein öffentliches Ehrenamt zu übernehmen, ist dem Nachrichter benommen. Er führt also tatsächlich in gesellschaftlicher Hinsicht ein Leben als Mensch zweiter Klasse.

c) Da jeder Gerichtsherr zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit auch die notwendigen Mittel aufbringen muß, so versteht es sich von selbst, daß er das Recht hat, den Scharfrichter zu bestellen. Ist der Nachrichter gleichzeitig Henker (wie es ja zur Zeit der CCC fast durchweg der Fall gewesen sein mag) und kann er beide Geschäfte in einer Person nicht ausüben, so ist es ihm freigestellt, beliebig viel Leute als Henkersknechte selbst bei sich anzustellen. Nur wenn die Henkerstätigkeit getrennt von der des Nachrichters ausgeübt wird, werden beide, sowohl Henker wie Nachrichter, vom Gerichtsherrn ernannt. Vielfach ist auch die „Abdeckerei" mit dem Scharfrichteramt verbunden; dem Nachrichter fallen dann die Einnahmen aus der Abdeckerei zu, er muß aber hiefür, da sie ihm gewöhnlich nur verpachtet ist, an den Gerichtsherrn einen Pachtzins zahlen. Die Abdecker und Schinder werden ebenfalls vom Gerichtsherrn bestellt.

d) Der Nachrichter bekommt entweder ein festes jährliches Gehalt oder aber, was wohl das häufigste [91]) gewesen sein mag, für jede einzelne Arbeit seinen besonderen Lohn. Hiefür hat nach Art. 204 nicht der Ankläger oder sonst jemand aufzukommen, sondern einzig und allein der Gerichtsherr. Böhmer [92]) betont, daß es ganz der Billigkeit entspreche, wenn der Gerichtsherr, der ohnehin alle Vorteile der peinlichen Gerichtsbarkeit ziehe, auch deren Lasten trage. Später haben die Landesherren [93]) in den verschiedenen Ländern feste Taxen für die Entlohnung der Nachrichter herausgegeben, da diese in ihren Forderungen bald unverschämt wurden. Es wurde für jede einzelne Tätigkeit ein genau festgesetzter Lohn bestimmt.

e) An manchen Orten werden zum Scharfrichteramt nur Leute genommen, die zuvor eine Probe ihrer Fähigkeiten abgelegt haben. Sie müssen z. B. an Tieren das Köpfen ausprobieren. Daraus erhellt schon, daß man vom Scharfrichter eine gewisse Fähigkeit in der Ausübung seines Berufs verlangt.

Da die Nachrichter in einem öffentlichen Amt stehen und dasselbe viel Gelegenheit zu unerlaubter Grausamkeit bietet, werden

91) Schon deshalb, weil viele Gerichte keine eigenen Scharfrichter gehalten haben, sondern bei jeder anfallenden Exekution sich mit einem fremden aushelfen, der dann jeweils für seine Tätigkeit entlohnt wird.

92) Siehe bei Meister, S. 133.

93) So z. B. in Kursachsen durch die Constitution von 1555.

sie durch Eid verpflichtet, die Grenzen der zu vollstreckenden Peinigung nicht zu überschreiten. Die CCC[94]) gebietet den Nachrichtern „bei ihrem Eid" das gegebene Urteil getreulich zu vollziehen. Außerdem gelobt der Scharfrichter in seinem Eid[95]), keine größere Belohnung, als ihm zusteht, anzunehmen, ferner geheim zu halten, was er etwa bei der peinlichen Frage höre, nicht ohne Erlaubnis seiner Obrigkeit wegzuziehen und immer dem Befehl des peinlichen Richters zu gehorchen.

f) Zur Zeit des Infrafttretens der CCC muß in vielen Gerichten die Gewohnheit bestanden haben, daß „die urtheyl durch den nachrichter und nit den richter oder urtheyler ausgesprochen und eröffnet"[96]) wurden. Er verkündete das Urteil dem Volke mit der gewöhnlichen Formel, „daß er den Uebeltäter hängen, köpfen .... wolle, daß er es nicht mehr tun solle"[97]). Gegen diese üble Sitte wendet sich die CCC im Art. 218 ganz energisch: „Und die und dergleichen gewonheyt, Wollen wir, daß eyn jede oberkeyt abschaffen und daran sein soll, daß sie hinfürther nit geübt, gebraucht oder gehalten werden, als wir dann aus Keyserlicher macht dieselben hiemit auffheben, vernichtigen und abthun und hinfürther nit eingefürt werden sollen." Beyer[98]) ist sogar der Meinung, der Nachrichter habe in der damaligen Zeit da und dort die Urteile gefällt und eröffnet. Diese Ansicht ist aber irrig; sie läßt sich auch aus Art. 218 keineswegs herauslesen. Die Worte „urtheyl aussprechen und eröffnen" deuten nur auf die Urteilsverkündigung hin, denn sonst hätte die CCC die Worte „urtheyl fassen, beschließen, sprechen oder finden" gewählt[99]).

g) Bei der Ausübung seines Amtes genießt der Nachrichter „öffentlichen Frieden". Der Richter soll nach Art. 97 „offentlich ausruffen oder verkünden lassen und von der oberkeyt wegen bei leib und gut gebieten, dem nachrichter keynerley verhinderung zuthun, auch ob ihm mißling nit handt anzulegen". Dieser Schutz ist deshalb notwendig, weil es schon vielfach[100]) vorgekommen ist, daß der Scharfrichter entweder von den Verwandten des Hingerichteten oder von dem umstehenden Volk besonders bei schlechter Ausführung seines Amtes gelyncht oder sonstwie übel mißhandelt worden ist. Nach der Vollstreckung des Urteils fragt der Nachrichter, ob er recht gerichtet habe; darauf soll der Richter antworten: „So du gericht hast wie urtheyl und recht geben hat, lo laß ich es dabei

94) Vgl. Art. 96.
95) S. die Eidesformel in der Bambergensis, Art. 9.
96) Vgl. Art. 218.
97) Grupen, S. 10 ff.
98) S. 251 in der Anm. zu Art. 218 IX.
99) Vgl. hiezu die Art. 81 und 92.
100) S. die Beispiele bei Kreß, S. 254.

bleiben“ [101]). Für eine schlechte Urteilsvollstreckung wurde der Scharfrichter bestraft.

2. Die anderen niederen Gerichtspersonen.

Außer dem Nachrichter ist in der CCC noch der Türhüter oder Hüter des peinlichen Gefängnisses genannt. Er hat die Aufgabe, für die Gefangenen Sorge zu tragen, daß sie ihre Verpflegung richtig bekommen, auch dafür, daß sie nicht aus dem Gefängnis entfliehen. Im Art. 180 ist die Strafe ausgesprochen, die der Türhüter erhält, wenn er einen Gefangenen entfliehen läßt: „Der hat dieselbig peinlich straff anstatt des übelthätters, den er also ausgelassen, verwirckt.“ Entkommt aber der Gefangene nur durch die Unachtsamkeit des Türhüters, so ist „solcher unfleiß . . . nach gestalt der sachen und radt so an den orten, als hernach gemelt wirdet, zu straffen“ [102]).

Im Art. 86 ist von dem Gerichtsknecht, der auch Büttel (vgl. Art. 204) genannt wird, die Rede. Er bringt den Gefangenen gefesselt vor das Gericht, hat ihn während der Gerichtsverhandlung zu bewahren und nachher wieder ins Gefängnis zurückzubringen.

Schließlich gibt es noch den Gerichtsdiener, der an den Gerichtstagen jederzeit bereit sein muß, die Befehle und Anordnungen des Gerichts entgegenzunehmen und zu befolgen. Die Entlohnung all dieser Personen erfolgt nach Art. 204 durch den Gerichtsherrn.

D. Beratung und Abstimmung.

I. Die Beratung.

Wie oben [103]) bei den Ausführungen über den Richter schon bemerkt wurde, sollen nach Art. 81 „richter und urtheyler mit eynander underreden und beschließen, was sie zu recht sprechen wollen“. Der Richter berät sich also mit den Schöffen. Dies ist eine Neuerung der CCC. Im Sachsenspiegel [104]) ist es z. B. noch anders; dort fanden die Schöffen unter sich allein das Urteil, während der Richter hiebei nichts mitzusprechen hatte.

Doch ist in der CCC die vorausgehende Feststellung des Urteils seinem materiellen Inhalt nach scharf zu trennen von der feierlichen Abgabe des Urteils am endlichen Rechtstag. Beim ersteren beredet sich der Richter mit den Schöffen und läßt darauf das so

101) Vgl. Art. 98.
102) Ebenfalls Art. 180.
103) S. 28.
104) Vgl. hiezu die Stelle im Sachsenspiegel II, 30, § 2: „Der richtere sal glich richter sin allen luten; urteil en schal er nicht vinden noch schelden.“

gefundene Urteil „in schrifft fassen“ [105]), sodaß dabei wohl seine Stimme mitgezählt werden mußte oder sogar bei verschiedenen Meinungen den Ausschlag geben konnte. Am endlichen Rechtstag dagegen wird das bisherige Verfahren in vollem Umfang beibehalten. Aber bei der Bedeutungslosigkeit des endlichen Rechtstages, bei dem die Tätigkeit der Schöffen lediglich in einem genau gesetzlich bestimmten Frage- und Antwortspiel besteht, kann sowieso von einer Beratung oder Beschlußfassung keine Rede sein.

In der Henneberger Landesordnung vom Jahre 1539, die der CCC zeitlich so nahe kommt und in ihrem strafrechtlichen Teil die CCC zur Grundlage hat, wird ebenso ersichtlich, wie Richter und Schöffen sich zusammen beraten und darauf gemeinsam das Urteil fassen. Es heißt dort [106]): „Und wiewohl bis anhero Gebrauch gewesen, daß der Richter allein die Umfrag und kein beyfällige Stimm zu dem Urteil gehabt, welchen Gebrauch wir nicht für tüglichen, sondern des Richters Gewissen für hoch beschwerlich und den Parteien nachtheilig erachten, demnach wöllen wir, daß hinfürter ungeachtet des vermeldten Gebrauchs, ein jeder Richter nach Ordnung die Schöpffen der Urtheyl anfrage und auff die letzt nach seinem besten verstand solch Urtheyl neben den zwölff Schöpffen, wie ers gegen Gott will wissen zu verantworten, beschließen helfe“.

Im übrigen werden Richter und Urteiler immer wieder darauf hingewiesen, falls ihnen bei ihrem „miteinander unterreden und beschließen“ Zweifel entstehen, bei den Rechtsverständigen Rat zu holen, so „wie zu end dieser unser ordnung angezeygt“ ist. Also auch dieser Beschluß wird erst nach gemeinsamer Beratung gefaßt.

II. Die Abstimmung.

Ursprünglich, im germanischen Gerichtswesen, erfolgte die Abstimmung beim Urteil durch das ganze umstehende Dingvolk und zwar einstimmig; denn der Dinggenosse, der mit dem gefundenen Urteil nicht einverstanden war, hatte ja das Recht der Urteilsschelte. Später, als nur noch eine beschränkte Anzahl von Personen beim Zustandekommen des Urteils mitwirkten, entstand gleichzeitig auch das Prinzip des Mehrheitsbeschlusses [107]). Das läßt sich schon aus der ungleichen Zahl der sieben Urteiler schließen, die Karl d. Gr. einsetzte. Im Schwabenspiegel [108]) wird dies dann offen ausgesprochen: „Und swa (= wofern) sie under einander misse hellent (= uneinig sind) umbe ein urtheyl, da sol der minner teil dem merern folgen“. Die CCC hält daran fest. Im Art. 12 betont sie

105) Vgl. Art. 92.
106) Buch 2, Titel 1, Kap. 4, § 2.
107) So auch Savigny, S. 257.
108) Kap. 147, vgl. auch Sachsenspiegel 2. Buch, Art. 12, § 10.

ausdrücklich, „daß der richter und gericht, oder der merer theyl aus inen für genugsam erkanten". Uebrigens kann ebenfalls aus der Anzahl der Schöffen gefolgert werden, daß das Mehrheitsprinzip gilt. Die Schöffen geben zusammen mit dem Richter in der CCC immer eine ungerade Zahl. Sogar am endlichen Rechtstag stimmt dieses Rechenexempel. Es sind mindestens 7 Schöffen, die ihm angehören müssen. Und da hier die Schöffen die alleinigen Urteiler sind, also des Richters Stimme nicht hinzugezählt wird, stellt sich wieder eine ungerade Zahl heraus. Weil nun die CCC nur ein „schuldig" oder „nicht schuldig" kennt, ergibt sich bei der ungeraden Zahl der Abstimmenden immer eine absolute Mehrheit.

Aus den um dieselbe Zeit erlassenen Landesgesetzen geht auch hervor, daß bei einem Widerstreit der Meinungen die Mehrheit entscheiden solle. So besagt z. B. die schon öfters erwähnte Henneberger Landesordnung [109]): „In Sonderheit so sich zutrage, daß sich nach gehabter Umfrag die Zwölffe in den Stimmen entzweyten, als daß auf einem jeden Theil sechs, welchem Theil dann der Richter mit seiner letzten Stimm zu würde fallen und ein mehrers machen, bey dem selbigen soll es gehalten und das Urtheyl darauf gefasset werden." Hier [110]) ist außerdem dem Richter aufgegeben, daß er „der milderen Urtheyl folgen und zufallen" solle, wenn er bei Stimmengleichheit den Ausschlag zu geben habe. Ebenso zielt die in Tenglers Laienspiegel [111]) vorkommende Eidesformel der Schöffen auf das Mehrheitsprinzip hin, worin diese geloben müssen, „der Mehreren Urtheyl . . . . für und für anzuhangen und nit weiter anzufechten, heimlich noch öffentlich, sondern dasselbe alle Zeit zu loben". Die mit gelehrten Juristen besetzten Kollegien (Fakultäten, Hofkanzleien und dgl.) hielten genau so an dem Grundsatz fest, die Meinung der Mehrheit des Gerichts gegen die der Minderheit gelten zu lassen.

E. Das Ratholen bei Oberhöfen, der Obrigkeit und den hohen Schulen.

I. Das Institut der Aktenversendung.

Die CCC entschied den großen Gegensatz zwischen dem einheimischen und dem fremden Recht endgültig zugunsten des letzteren. Da die Carolina aber durchaus noch die alten Schöffengerichte bestehen ließ, mußte sie Vorkehrungen treffen, damit diese alten Volksgerichte auch das fremde Recht anwenden konnten. Einmal

109) Im 2. Buch, Titel 1, Kap. 4, § 3.
110) In Buch 7, Titel 3, Kap. 3, § 2.
111) S. 4 der Straßburger Ausgabe vom Jahr 1550.

geschah dies in der Stärkung der Stellung des Richters, der bald gelehrter Jurist wurde, zum andern wurde den Gerichten in allen zweifelhaften oder irgendwie bedenklichen Fällen die eigentliche Entscheidung abgenommen und in die Hände rechtsverständiger Behörden gelegt. Insgesamt wird den Gerichten mehr als 50mal [112]) befohlen, in zweifelhaften Fragen (also nicht bloß bei der Urteilsfindung) Rat bei Rechtsverständigen zu holen. Im letzten Artikel (219) wird dies noch einmal auf das ausdrücklichste und ausführlichste wiederholt. Es wird hier den Gerichten, denen so „vilfeltig hievor in diser unser und des heyligen Reichs ordnung der peinlichen gericht von rath suchen gemelt" worden ist, der einzuschlagende Weg gewiesen. Sie sollen nämlich „so in iren peinlichen processen, gerichtsübungen und urtheylen, darinn inen zweifel zufiel, bei iren oberhofen, da sie aus altem verjertem gebrauch bißher underricht begert iren rath zu suchen schuldig sein, Welche aber nit oberhoffe hetten und auff eyns peinlichen anklegers begeren die gerichtsübung fürgenommen wer, sollen in obgemeltem fall bey irer oberkeyt . . . rath suchen. Wo aber die oberkeyt ex officio und von amptswegen wieder eynen mißhendlern, mit peinlicher anklag oder handlung volnfüre, so sollen die richter, wo inen zweifeln zufiele, bey den nechsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtsverstendigen, da sie die underricht mit dem wenigsten kosten zu erlangen vermeynen, rath zu suchen schuldig sein". Zugleich bekommen auch die Parteien das Recht, auf ihre eigenen Kosten Rat bei Rechtsverständigen zu suchen. Damit ist das Institut der Aktenversendung begründet. Und da sowohl die Oberhöfe, wie auch die Justizkanzleien und Hofgerichte der Landesfürsten nach dem Eindringen des römischen Rechts mit „Doctores" besetzt waren, ist dem fremden Recht das Uebergewicht gesichert, ohne daß die Schöffen sofort aus den Gerichten verdrängt wurden.

II. Die Aktenversendung als eine ältere Einrichtung.

Die Aktenversendung ist nicht etwa eine Einrichtung der CCC, sie geht schon in viel frühere Zeiten zurück. Und zwar wandten sich die Gerichte zunächst an die sog. „Oberhöfe".

1. Mit der Entwicklung des Städtewesens bildete sich allmählich für die Bürger der Stadt ein besonderes Stadtgericht aus, namentlich auf Grund der dem Stadtherrn zustehenden Immunität. Diese Stadtgerichte wurden zum Ausgangspunkt eines den Städten eigentümlichen Stadtrechts. Das Stadtrecht kam jedoch nur in einzelnen,

112) Vgl. z. B. die Artikel 7, 81, 91, 105, 106, 109, 124, 127, 128, 129, 131, 134, 136, 142, 143, 144, 147, 148, 150—155, 160, 161, 164—166, 169, 172, 173, 177—180, 196, 203, 210.

den damals bedeutenderen Städten zu einer besonderen Entwicklung. Die kleineren Städten dagegen erhielten ihr Recht durch „Bewidmung", indem sie sich das in der andern Stadt ausgebildete Recht übertragen ließen. Zahlreiche Städte machten es auch so, daß sie von sich aus irgendein Stadtrecht nachahmten. So bildeten sich große Stadtrechtsfamilien; im Norden und Osten lebten z. B. zahlreiche Städte nach lübischem und magdeburgischem Recht, während im Süden die Städte Freiburg i. Br., auch Straßburg und Wien zu besonderer Bedeutung gelangten. Die Stadt des Mutterrechts blieb gewöhnlich als Oberhof mit ihren Tochterstädten in dauernder Verbindung. Die Schöffen der kleinen Stadtgerichte baten nämlich vielfach bei den Schöffen des Oberhofes um Rechtsbelehrung; ja es kam sogar häufig vor, daß sie dem Oberhof den Rechtsfall zur Entscheidung vorlegten. Hunderte solcher Schöffensprüche sind uns überliefert [113]).

2. Mit dem Aufkommen der Landesherrn und ihrer Gerichtshoheit mußte diesen die Befragung von Oberhöfen unbequem erscheinen, da die Oberhöfe außerhalb ihrer Machtsphäre lagen und so ihrem Einfluß völlig entzogen waren. Namentlich die größeren Territorialherrn berührte dies am empfindlichsten. Daher versuchten sie noch bereits zu einer Zeit, als an eine Einwirkung des römischen Rechts gar nicht gedacht werden konnte, durch Erlaß bestimmter Verbote den Rechtszug an die Oberhöfe ganz allgemein abzuschneiden, oder wenigstens das „Appellieren" an die auswärtigen Oberhöfe zu verbieten. So verordnete z. B. der Kurfürst von Sachsen im Jahre 1432, daß an die Stelle des Oberhofs zu Magdeburg die Doctores oder der Oberhof zu Leipzig für die sächsischen Gebiete treten müsse; hier wird also die Rechtsbelehrung durch die Oberhöfe an sich nicht abgeschafft, nur wird verboten, sich an außersächsische Oberhöfe zu wenden. Aehnliche Anordnungen gab im Jahre 1315 der Markgraf von Brandenburg; er verlieh der Stadt Brandenburg das Privileg der Unanfechtbarkeit ihrer Entscheidungen und schaltete so den Oberhof zu Magdeburg aus.

In ihrem Kampf gegen die Oberhöfe waren aber die Gerichtsherrn gleichzeitig bestrebt, an die Stelle der alten Oberhöfe überhaupt eine andere Institution zu setzen. Sie machten sich selbst zum Richter und bestimmten die Beamten ihrer nächsten Umgebung, ihre Räte zu Stellvertretern. So beginnt jetzt, wo von einem Befragen der Juristenfakultäten und Universitätslehrer noch nicht die Rede ist, die Rechtsbelehrung durch den Landesfürsten selbst oder, was dasselbe bedeutet, durch seine Räte, durch die Hofkanzlei. Z. B. gibt der Graf von Saarbrücken im Jahre 1321 dem dortigen Stadtgericht auf, sich an ihn oder seinen Stellvertreter zu wenden. Dies

113) Sie sind in Bücher zusammengefaßt, so z. B. das Schöffenbuch des Stadtschreibers Johann v. Gelnhausen aus der 2. Hälfte des 14. Jahrhunderts.

ist der erste Anfang der späteren Kabinettsjustiz des absoluten Staates.

Die Einholung der Rechtsbelehrung bei dem Fürsten und seinen Räten erhielt bei den Volksgerichten einen besonderen Auftrieb, als an der Rechtsprechung der unteren Gerichte gerichtsherrliche Beamte teilnahmen. Der richterliche Beamte holte naturgemäß viel lieber von seiner vorgesetzten Behörde Rat, als daß er sich an einen ihm in keiner Weise übergeordneten Oberhof wandte. So wurde bald zur Sitte, daß die Gerichte, die keinen gerichtsherrlichen Beamten hatten, weiter ihre alten Oberhöfe befragten, während der Beamte bei den fürstlichen Räten Belehrung fand. Die Tiroler Halsgerichtsordnung aus dem Jahr 1499 kennt z. B. lediglich das Ratholen der Schöffen „bei einer andern Stadt oder einem andern Gerichte", also bei den Oberhöfen, während in der Bambergensis (1507) und Brandenburgensis[114]) (1516) die Amptleute, Richter und Urtheyler in irrigen peinlichen Sachen „unsere Hofräthe" um Rat ersuchen sollen. Falls es nottut, sollen dann die Räte bei anderen Rechtsgelehrten und Verständigen ihre Ratschläge holen.

3. Die CCC mußte demgegenüber einen andern Standpunkt einnehmen; sie konnte als Reichsgesetz unmöglich Rechtsbelehrung bei den kaiserlichen Räten für das ganze Reich vorschreiben. Bei der Menge der peinlichen Fälle wäre das praktisch undurchführbar gewesen. Das erste Projekt zur CCC (1521) dehnte daher das Prinzip der Bambergensis und Brandenburgensis, welche die Rechtsbelehrung bei den Räten des betreffenden Territorialherrn, also bei der Gerichtsobrigkeit vorschrieben, auf das ganze Reich aus und setzte statt der Worte „Rat suchen bei unseren reten" die Worte „Rat suchen bei der obrykeitt, der die peinlich gerichtsstraff zustet"[115]) oder „Rat suchen bei irer obrykeitt"[116]). Im Art. 223 des ersten Projekts „Von der obrykeitt der peinlichen gericht, auch derselben weyter rat suchen betreffende" ist weiter bestimmt: „Nachdem . . . an viell ortten in diser unser und des heyligen Reichs ordnung der peinlichen gericht von derselben gericht obrykeitt und rat suchen gemeldt wirdet, So soll allewegen, dy obrykeitt verstanden werden, der dieselben peinlichen gerichtsstraff, bueß und feel zusteen, und ist dabey nemlich zu mercken, das in allen zweifelichen fellen, nicht allein Richter und Schöpffen, sonder auch, was einer jeden obrykeitt derselben peinlichen straff und bueß, nach inhalt und vermoge diser unser peinlichen gerichtsordnung zu rathen und zu handeln geburt, das sie derhalb rechtverstendiger . . . . raths gebrauchen." Die Ueberschrift dieses Artikels und auch seine

114) Brandenburgensis = Brandenburgische Halsgerichtsordnung aus dem Jahr 1516.

115) Art. 223 des ersten Projekts.

116) Art. 7 und 83 des ersten Projekts. (In der Zöpfl'schen Ausgabe.)

eigentlichen Bestimmungen, die die Schöffen ausschließlich nur an ihre Obrigkeit als Rat erteilende Behörde verweisen, lassen darüber keinen Zweifel bestehen, daß lediglich die um Rat angegangene Obrigkeit, falls sie selbst des Rates bedarf, diesen weiter bei den Rechtsverständigen zu suchen ermächtigt sein soll[117]); an die Möglichkeit, den Schöffen die Befugnis zu erteilen, unter Umgehung der Obrigkeit sofort bei den Rechtsverständigen Rat zu suchen, dachte man nicht.

Das zweite Projekt der CCC (1529) erwähnte den eben angeführten Artikel überhaupt nicht; es kannte nur eine Rechtsbelehrung der Schöffen durch die Obrigkeit, woher die Obrigkeit sich des Rechts belehren ließ, brauchte ja in einer Ordnung für die peinlichen Gerichte auch nicht bestimmt zu sein.

Die CCC selbst nahm jedoch die Bestimmungen des ersten Projekts bezüglich der Rechtsbelehrung, die die Obrigkeit nötig hat, wieder auf, gestaltete aber das Ratsuchen der Gerichte etwas anders. Dem Bischof von Bamberg und dem Markgraf von Brandenburg lag natürlich viel an der Stärkung der fürstlichen Landeshoheit. Sie beseitigten daher die Oberhöfe und setzten sich selbst an deren Stelle. Ganz anders war es aber beim Kaiser. Er war bestrebt, der fürstlichen Landeshoheit möglichst Schranken zu setzen. Er stellte deshalb die Oberhöfe wieder her und erkannte ihren alten „verjährten Brauch" an. Die CCC änderte so keineswegs absichtslos das Ratsuchen „bei der Obrigkeit", wie es die Projekte nach dem Vorbild der Bambergensis und Brandenburgensis noch vorschreiben, ab in das Ratsuchen „bei der oberkeyt (bzw. bei den rechtsverstendigen) oder sonst an enden und orten wie zu end diser ordnung angezeygt" und verwies schließlich in Art. 219 die Gerichte zunächst an ihre Oberhöfe, und erst wenn keine Oberhöfe vorhanden sind, soll die Obrigkeit Rat erteilen.

Freilich gegen Ende des 16. Jahrhunderts hören die Oberhöfe im allgemeinen auf, weiter zu bestehen. Das Stadtgericht zu Marburg wurde z. B. zum letzten Male im Jahre 1556 als Oberhof um Rat angegangen, Cassel im Jahre 1587. Das Stadtgericht in Breslau wandte sich zuletzt im Jahre 1547 an den Oberhof Magdeburg. Iglau begann als Oberhof um die Mitte des 16. Jahrhunderts abzunehmen[118]). Abgelöst wurden die Oberhöfe aber nicht, wie man eigentlich erwarten sollte, von den Hofgerichten und Justizkanzleien der Landesherrn, sondern von den Juristenfakultäten.

---

117) Ebenso z. B. die Erfurter Gerichtsordnung von 1483, die bestimmt, daß die Schöffen beim Vitzdum und Schultheiß, also bei den erzbischöflichen Beamten, diese aber „fürdern" Rat bei den Rechtsverständigen suchen sollen.

118) Vgl. hiezu Stölzel, S. 218. Solche Beispiele könnten noch mehr angeführt werden.

III. Die Juristenfakultäten.

1. Zunächst waren es nicht die Volksgerichte, die einzelne Rechtsgelehrte und später ganze Fakultäten um Ratschläge (consilia) baten, sondern Leute, die außerhalb der ordentlichen weltlichen Gerichte Richterfunktionen ausübten, z. B. fürstliche Räte, Schiedsrichter oder Richter bei geistlichen Gerichten[119]); denn für die Volksgerichte hatte diese Art der Rechtsbelehrung noch wenig Bedeutung. Die „Consilia" waren fast durchweg in lateinischer Sprache verfaßt und stützten sich nur auf die fremden Rechte; sie waren daher den Volksgerichten unverständlich und wertlos.

Die Geschichte der ersten Consilien beginnt in Italien. Die älteste Sammlung solcher „Consilia" ist die Odofreds, der im Jahre 1265 gestorben ist. Die Verfasser der Consilien wurden „iuris periti" genannt. In Deutschland fällt das Ratholen bei einheimischen Fakultäten in die Zeit, in der deutsche Geistliche als Rechtslehrer an den deutschen Hochschulen auftreten, also in das Ende des 14. Jahrhunderts, teilweise auch erst in das beginnende 15. Jahrhundert. Jedoch gehören noch alle uns im 15. Jahrhundert überlieferten Consilien deutscher Doktoren zur Seltenheit. Die bedeutendsten sind wohl die Göde'schen aus dem Jahre 1464 (Erfurt), ferner die Consilien des Greifswalder Kanonisten Georg Walter (gest. 1475), die allerdings nur im Manuskript erhalten sind. Aus der gedruckten Consiliensammlung der damaligen Zeit dürfte eines der ältesten das im Jahr 1493 von Johann de Breitenbach, Lehrer des kanonischen Rechts zu Leipzig, verfaßte Consilium sein, das über die für damals typische Frage „utrum scultetus syndico est praeferendus" Auskunft gab. Breitenbach bejahte diese Frage.

Erst im 16. Jahrhundert gelangt die Consilienerteilung der deutschen Hochschulen zur Blüte; neben den Consilien einzelner Rechtslehrer kommen allmählich die gemeinsamen Consilien der Rechtslehrer einer Universität auf. Die CCC anerkennt ja auch bereits die Gesamtheit der Fakultät als diejenige Persönlichkeit, bei der man sich Rechtsbelehrung holen kann, indem sie in Art. 219 „an die nechsten hohen schulen" verweist.

2. Wann die Gerichte (d. h. die mit Schöffen besetzten Volksgerichte) sich an die Fakultäten wandten, läßt sich nicht genau feststellen. Dies ist in den einzelnen deutschen Ländern auch verschieden. Daß nämlich die Gerichte von ihren Oberhöfen Abstand nahmen, bedurfte einer besonderen äußeren Anregung. Auf der einen Seite wurden die Gerichte von ihrer Obrigkeit vielfach an die Fakultäten statt an die Oberhöfe verwiesen, andererseits machte sich der Einfluß der gerichtsherrlichen Beamten bemerkbar, die bald über das Volkselement in den Schöffengerichten die Herrschaft

119) Vgl. Stölzel, S. 187 ff.

gewannen. Diese meist römisch-rechtlich geschulten Beamten gingen natürlich an ihre Obrigkeit und neben dieser an die Fakultäten, und nicht mehr an die alten Oberhöfe.

Für die Fakultäten, die so seit längerer Zeit ihre Consilien oder Ratschläge jedem erteilten, der sie darum bat, war es kein besonders großer Schritt weiter, wenn sie an Stelle des bloßen Ratschlages ein fertiges Urteil abgaben. Sie fügten einfach ihrem Gutachten am Schluß die Urteilsformel bei. Den anfragenden Gerichten war dies gleichzeitig nur eine angenehme Arbeitserleichterung. Sie eröffneten in diesem Fall den Parteien im Namen des Gerichts das von der Fakultät verfaßte und von ihr als „den Rechten gemäß" bescheinigte Urteil.

3. Die CCC schreibt das Ratsuchen bei den Fakultäten „den nechsten hohen schulen" nur dann vor, wenn von amtswegen gegen den Angeklagten eingeschritten wird, also nur im Inquisitionsprozeß.

IV. Aus der Aktenversendung ergaben sich zwei unvermeidliche Folgen. Einmal war es nicht mehr möglich, daß in einer Sitzung oder auch in wenigen einander bald folgenden Sitzungen die ganze Angelegenheit erledigt werden konnte. Es genügte das Auftauchen einer Rechtsfrage, ja sogar eine zweifelhafte Tatfrage, um zu bewirken, daß auswärts Rat geholt werden mußte, was sich im Lauf ein und desselben Prozesses öfters wiederholen konnte. Der Prozeß zerfiel daher in eine große Anzahl kleiner Teilakte; es wurde deshalb auch nur noch für die wichtigsten Akte ein vollständig besetztes Gericht verlangt. Der ganze Prozeß ging also keineswegs mehr vor dem erkennenden Gericht vor sich, selbst nicht, wenn das Gericht nicht bloß ein fertiges von auswärts eingeholtes Urteil zu verkünden hatte. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ist also fallen gelassen worden.

Zum andern wurde durch die Aktenverschickung notwendig, daß alle einzelnen Akte des Prozesses genau aufgezeichnet wurden; die Schriftlichkeit des Verfahrens erlangte damit eine gewaltige Ausdehnung. Die CCC erhöhte diesen Grundsatz noch, indem sie die Parteien wiederholt anwies, schriftliche Ausführungen zu überreichen; sie gestattete auch die Vorlesung schriftlicher Eingaben.

V. Die Aktenversendung als Ursprung der Appellation.

Eine Appellation an eine höhere Instanz kennt die CCC nicht. Wenn auch das erste Projekt zur CCC in seinem Art. 224 von einem Rechtsmittelzug an das kaiserliche Kammergericht spricht, so betont das zweite Projekt[120]) ausdrücklich, „daß hinfüro von den

120) In seinem Art. 224.

urtheylen so nach vermoge diser unser halsgerichtsordnung gesprochen wurdet nit geappelliert" werden solle. Die CCC schweigt sich über diesen Punkt völlig aus. Jedenfalls konnte man sich nicht einigen, weil in den einzelnen Territorien hierüber zu große Verschiedenheiten bestanden. Die einen kannten eine Appellation an ein höheres Gericht, andere wieder nicht. Darin aber, daß die Freunde und Beistände des Angeklagten die Aktenversendung erwirken konnten, liegt der Keim für die Entwicklung eines späteren Instanzenzuges. So kommt allmählich auch dort ein Rechtsmittelzug auf, wo Landesgesetze für einen solchen nicht gesorgt haben. Allerdings erfolgt die Einlegung des Rechtsmittels zunächst vor dem Endurteil. Uebrigens liegt in der Aktenversendung an die Fakultäten schon ein Zug zur Unparteilichkeit und auch zur Unabhängigkeit der Gerichte, da der Landesherr in diesem Fall von der Rechtsprechung ausgeschlossen ist.

VI. Schlußbemerkungen zur Aktenversendung.

Die Aktenverschickung ist ein Ausfluß der Unwissenheit und Unfähigkeit der lokalen unteren Gerichte. Die CCC ist demgegenüber bestrebt, eine juristisch einwandfreie Strafrechtspflege zu haben. Und diese Aufgabe hat die Aktenversendung im allgemeinen auch gut erfüllt, wenngleich den Spruchkollegien der Universitäten in den späteren Jahrhunderten zuweilen Pedanterie, unnütze Gelehrsamkeit und Antiquitätenkram vorgeworfen wurde und auch erhebliche Verzögerungen in der Entscheidung der Fälle eintraten. Außerdem hat die deutsche Strafrechtswissenschaft zu einem großen Teil ihre Ausbildung gerade diesen Spruchkollegien verdankt.

F. Der Grundsatz der Oeffentlichkeit.

Wenn in einem Verfahren die Schriftlichkeit eingeführt wird und das Prinzip der Unmittelbarkeit fallen gelassen worden ist, dann ist es auch um den Grundsatz der Oeffentlichkeit geschehen. Bevor wir jedoch darauf näher eingehen, wollen wir sehen, wie es um die „Oeffentlichkeit" in der Zeit vor der Carolina stand.

I. Die Oeffentlichkeit vor der Carolina.

In der germanischen Zeit war das Verfahren ausschließlich öffentlich; das Gericht tagte unter freiem Himmel und die Parteien (Kläger und Angeklagter) mußten erscheinen und der ganzen Verhandlung beiwohnen. Sie trugen persönlich ihre Klage und Antwort vor. Außerdem war es dem ganzen Gerichtsvolk, also jedem freien

Manne gestattet, an der Gerichtssitzung teilzunehmen, was ursprünglich sogar eine Pflicht gewesen sein mag, da bekanntlich nicht der Richter oder sonstige Leute das Urteil fanden, sondern das ganze anwesende Gerichtsvolk.

In der fränkischen Zeit wurde durchaus an dem Grundsatz der Oeffentlichkeit festgehalten. Selbst zu den Hofgerichten, die der König jeweils dort abhielt, wo er sich gerade aufhielt (in seiner Pfalz), hatte jedermann freien Zutritt. Ebenso wurden alle Beweise vor dem gesamten Gericht geführt; die Zeugen wurden vor versammeltem Gericht, also auch in Gegenwart der Parteien vernommen [121]). Falls schon schriftliche Urkunden vorlagen, kamen diese vor dem gesamten Gericht öffentlich zur Verlesung. Auch Karl d. Gr. änderte hieran nichts. Beim ungebotenen Ding ließ er es ja vollkommen beim alten, nur beim gebotenen Ding traf er insofern eine Aenderung, daß er an Stelle des Gerichtsvolks nur 7 Rachinburgen das Urteil beschließen ließ. Aber trotzdem konnte jedermann zum gebotenen Ding erscheinen.

Obwohl noch im Mittelalter der Grundsatz der Oeffentlichkeit galt, gab es doch schon hie und da „heimliche Gerichte". Hier sind zunächst die westfälischen Femegerichte zu erwähnen; bei ihnen hatten nur die „Wissenden" oder die „Freischöffen und Femgenossen" Zutritt, während das ganze übrige Volk von dem Treiben und Tun dieser Gerichte nicht unterrichtet war. Vor allem aber waren es die geistlichen Gerichte, die schon längst das Oeffentlichkeitsprinzip aufgegeben hatten.

II. Die Oeffentlichkeit in der CCC.

Die CCC hält die „Oeffentlichkeit" am endlichen Rechtstag bei [122]). Das Verfahren, das dem endlichen Rechtstag vorausgeht, ist jedoch nicht öffentlich. In den Art. 181 ff. ist das schriftliche Verfahren als das gesetzliche eingeführt worden. Ferner ist den Richtern und Schöffen durch das ständige Anordnen, Rat bei den Rechtsververständigen zu holen, fast jede Möglichkeit genommen, in einem Fall selbst und unmittelbar zu entscheiden. Damit ist auch die Oeffentlichkeit beseitigt worden, da diese Grundsätze in unmittelbarem Zusammenhang mit einander stehen. Und weil der endliche Rechtstag zu einer leeren Zeremonie geworden ist, so kann man tatsächlich sagen, daß mit der CCC das öffentliche Verfahren endgültig zu Grabe getragen wurde.

Dazu hat auch beigetragen, daß die CCC neben dem alten öffentlichen Anklageprinzip schon das inquisitorische Verfahren kannte. Freilich scheint es rein äußerlich, als ob das Anklageverfahren nach

121) Vgl. Lex Salica Titel 51, Kap. 3 bei Eckhardt, S. 79.
122) S. die Art. 84 ff.

wie vor das Hauptverfahren darstelle, während das Untersuchungsverfahren nur mehr oder weniger geduldet werde. Der akkusatorische Prozeß wird immer ausführlich beschrieben und für die Inquisition nur die Regel gegeben, daß sie sich dem letzteren nachzubilden habe. Z. B. führt Art. 188 aus: „Ob aber die klag von amptswegen her keme, und nit von sonderlichen anklegern geschehe, wie dann die klag an die richter kommen, auch was der beklagt darzu antwurt, und was fürther in allen stücken, nach laut diser unserer ordnung, deßhalb gehandelt würdt, soll wie oben in anderm fall, des anklägers halben gemelt ist, beschriben werden." In Wirklichkeit hat jedoch zur Zeit des Inkrafttretens der CCC der private Ankläger kaum mehr mitgewirkt, vielmehr wurde der Prozeß schon vom Gericht aus eigener Anregung heraus geführt. Dafür spricht auch die Stellung des privaten Anklägers in der CCC. Es war nämlich für einen Privatmann gar nicht ungefährlich, die peinliche Klage zu erheben. Der Ankläger mußte zunächst nach Art. 12 genügende Sicherheit leisten, da er sonst neben dem Angeklagten gefangen gesetzt wurde. Falls der Ankläger mit seiner Klage nicht durchdrang, so hatte er die Kosten des Verfahrens zu tragen, außerdem mußte er dem Freigesprochenen „umb sein zugefügte schmache und schaden abtrag thun" [123]). Er hatte also nicht bloß Schadensersatz, sondern auch noch Schmachgeld zu leisten. „Wem fiel es da noch ein zu klagen, anstatt einfach die Obrigkeit auf den armen Sünder zu hetzen und diesen als Inquisiten annehmen zu lassen" [124]). Es ist jedoch bezeichnend und zeugt wiederum für den konservativen Geist der Carolina, daß sie rein theoretisch am Anklageprinzip durchaus noch festhält.

Namentlich die Umgestaltung der politischen Verhältnisse, das Verschwinden der alten Volksfreiheit, der allmähliche Untergang der Schöffenverfassung, die Anwendung der Folter haben bewirkt, daß das Verfahren nicht mehr öffentlich, sondern heimlich durchgeführt wurde. Die CCC hat es aber verstanden, die Nachteile, die das Aufgeben des Grundsatzes der Oeffentlichkeit mit sich brachte, zu überbrücken. Der Angeschuldigte ist nicht der Willkür des Richters ausgeliefert, vielmehr wird dem Richter überall zur Pflicht gemacht, die Unschuld des Angeklagten zu berücksichtigen und hiefür alle nur erdenkbaren Beweise herbeizuschaffen. Ueberhaupt wird der Beweis der Unschuld immer mehr begünstigt als der der Schuld. Daher ist es auch erklärlich, mit welcher Menschlichkeit der Gesetzgeber bemüht ist, die von der Untersuchung unzertrennbaren Uebel dem Angeschuldigten so leicht als möglich zu machen, wohin z. B. die Fürsorge für eine gute Einrichtung der Gefängnisse gehört. Selbst die Tortur wird nur als ein Mittel ange-

123) Vgl. Art. 12.
124) S. Fehr, S. 290.

sehen, wodurch sich der Richter versichern soll, daß er nicht einen Unschuldigen strafe; sie stellt demnach mehr eine Begünstigung für den Angeklagten dar. Erst später bebte man schon vor dem Namen der Tortur zurück, als andere noch grausamere Qualen an die Stelle der früher üblichen peinlichen Frage gesetzt wurden. So sorgt die CCC in jeder Hinsicht dafür, daß dem Angeschuldigten ja Recht widerfahre und er nicht zu Unrecht behandelt werde.

Wenn nun später die „Heimlichkeit" des Verfahrens dazu führt, daß Auswüchse und Mißbräuche besonders hinsichtlich der Folter sich einstellen, so trägt die CCC hieran keine Schuld. Sie hat ihr Bestmöglichstes getan. Die Folter hat z. B. erst dann so verheerende Ausmaße angenommen, als man sich über die Vorschriften hinwegsetzte, die die CCC bezüglich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen gegeben hatte. Erst dadurch war der Angeklagte schutzlos der Willkür des Untersuchungsrichters ausgesetzt, da dieser keine Schranken und Bindungen mehr kannte.

4. Abschnitt

Schlußbetrachtungen

A. Zusammenfassendes Bild der Gerichtsverfassung der CCC.

Wir haben schon gesehen, daß der große Gegensatz zwischen einheimischem und fremdem Recht endgültig zugunsten des letzteren entschieden wurde. Die Carolina selbst ist von der Anschauung beseelt, daß das fremde Recht als das kaiserliche, gemeine Recht unbedingte Geltung haben müsse und daß die Kenntnis dieses fremden Rechts (also des römischen und kanonischen) eine andere Belehrung nicht mehr notwendig habe. Der CCC deshalb einen Vorwurf zu machen, wäre verfehlt; sie konnte ja gar nicht mehr anders Das fremde Recht hatte um die Wende des Mittelalters zur Neuzeit in Deutschland schon so festen Fuß gefaßt, daß es einem Gesetzgeber überhaupt nicht mehr möglich war, ein Gesetz nur auf einheimischem Recht aufzubauen. Auch schienen die „Doctoren" als die geeignetsten Personen, die den völlig verwahrlosten Zustand der damaligen Gerichte wieder zu einem geordneten machen konnten. Wenn die CCC trotzdem noch an manchen alten überkommenen Gebräuchen festhielt und diese nicht auf einmal über Bord warf, so muß man ihr das sogar hoch anrechnen. Die CCC wollte eben eine Brücke finden zwischen altem und neuem Recht und dies ist ihr vollkommen gelungen.

Sie beläßt die Schöffen alten Stils in ihrem Amt, aber nimmt ihnen jede Entscheidung aus der Hand. Es führte ja auch von dem römischen Recht kein Weg zu den alten Traditionen der Schöffen, zu ihren Aussprüchen, die sie aus sich selbst schöpften. Andererseits ist die CCC bestrebt, die Richter möglichst zu gelehrten Berufsjuristen zu machen. Sie bekommen so ein erhebliches Uebergewicht über die ungelehrten Schöffen. Das Institut der Aktenversendung ist deshalb in die CCC aufgenommen, damit auch dort, wo der Richter k e i n Rechtsverständiger ist, die Entscheidungen nach fremdem Recht gefällt werden; denn für diesen Fall ist dem Richter und den Schöffen die Entscheidung eines Falles geradezu verboten. Sie haben also gar nicht mehr die Möglichkeit, etwa nur noch nach dem alten einheimischen Recht zu urteilen. Auch bezüglich der „Oeffentlichkeit des Verfahrens" brach die CCC mit den alten Prinzipien. Sie schuf aus dem öffentlichen Verfahren den

„heimlichen Prozeß". So bekam die Gerichtsverfassung durch die CCC tatsächlich ein ganz neues Gesicht.

B. Bald nach ihrer Entstehung erlangte die CCC fast im ganzen Reich Geltung. Sie beseitigte das partikuläre Landesrecht, das ihr entgegenstand. Dadurch, daß den Rechtsgelehrten und damit der Rechtswissenschaft ein breiter Spielraum gegeben wurde, war es mit der Rechtszersplitterung, die damals herrschte, bald zu Ende und es konnte sich ein einheitliches, brauchbares Strafrecht entwickeln. Zwei Jahrhunderte hat die CCC Deutschland beherrscht; denn was die Landesgesetzgebung im 16. und 17. Jahrhundert hervorbrachte, war äußerst gering. Ja selbst im 19. Jahrhundert gab es in Deutschland vereinzelt noch Gerichte, die ihr Recht aus der CCC schöpften. Man behauptet also nicht zu viel, wenn man die Lebensdauer der CCC auf $3\frac{1}{2}$ Jahrhunderte festlegt.

Auch auf die Gerichtsverfassung der kommenden Zeit hat die Carolina mit ihren Vorschriften großen Einfluß gehabt. Sie hat den Anlaß gegeben, daß nach der Beseitigung der alten Schöffenverfassung ein Richtertyp sich bilden konnte, wie er heute noch vor uns steht, nur mit dem Unterschied, daß zur Zeit der CCC und auch später eine „Unabhängigkeit der Richter" nicht bestand. Der Richter war vielmehr Werkzeug in der Hand des Landesherrn. Im Zeitalter des absoluten Staates kam ja die Kabinettsjustiz auf, wo der Landesherr auf jeden Prozeß nach seinem Belieben einwirken konnte. Erst der Liberalismus brachte hier die Wendung. Er schuf den „vom Staat unabhängigen Richter". Aber die sonstigen Voraussetzungen des modernen Richters waren in der CCC schon vorhanden.

Ueberhaupt bedeutete die CCC ein Werk, das richtunggebend für die Zukunft war. Auf der einen Seite ihre maßvolle Art, auf der andern ihre Strenge, die aber gleichzeitig doch wieder auf die Ehre des Einzelnen gebührend Rücksicht nahm, ferner ihr vermittelndes Wesen zwischen alten Gebräuchen und neuen Lebensnotwendigkeiten, all das läßt auf einen Gerechtigkeitssinn schließen, der seinesgleichen sucht. So hat die CCC voll und ganz erfüllt, was man von einem guten Gesetz in der damaligen Zeit erwarten konnte.

Benutztes Schrifttum

Abegg: Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Preuß. Rechts. Königsberg 1833.

Beyer: Delineatio Juris Criminalis secundum Constitutionem Carolinam. Lipsiae 1722.

Böhmer: Elementa Jurisprudentiae Criminalis. Halae 1757.

Bresink: Das Verfahren bei der Auslese der Laienrichter der ordentlichen Strafgerichte (insbesondere der Vertrauensausschuß nach § 40 GVG). Freiburger Dissertation 1936.

Brunnenmeister: Die Quellen der Bambergensis. Leipzig 1879.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte 1. und 2. Band. 2. Auflage. Leipzig 1906, 1928.

— —: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Auflage. München und Leipzig 1930.

Eckhardt: Die Gesetze des Karolingerreichs 714—911. I. Salische und ribuarische Franken. Weimar 1934.

Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Teil. Göttingen 1844.

Fehr: Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin und Leipzig. 1925.

Freisler: Beiträge zur Rechtserneuerung. Heft 3: Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege S. 166 ff. Der Volksrichter in der deutschen Rechtsgeschichte von Schlüter. Berlin 1937.

Gengler: Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch. Erlangen 1853.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880.

Glaser (Jude): Handbuch des Strafprozesses 1. Band. Leipzig 1883.

Grolman: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde. Th. 1 und 2. Herborn und Hadamar 1798—1800.

Grupen: Observatio iuris Criminalis de applicatione tormentorum. Hannover 1754.

Güterbock: Die Entstehungsgeschichte der Carolina. Würzburg 1876.

Hegler: Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts. Freiburg 1899.

Henke: Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft. 2 Teile. Sulzbach 1809.

Kleinschrod: Vollständige Einleitung in die Lehre von der peinlichen Gerichtsbarkeit und dem peinlichen Gerichtsstande. Frankfurt a. M. 1812.

Kohler-Scheel: Die Carolina und ihre Vorgängerinnen: I. Die CCC kritisch herausgegeben Halle 1900. II. Die Bambergische Halsgerichtsordnung. Halle 1902.

Kreß: Kommentatio succincta in const. crim. Caroli V. Hannover 1760.

Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.

Kühns: Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg vom 10. bis z. Ablauf des 15. Jhds. 2 Bände. Berlin 1865 und 1867.

Lehmann: Quellen zur deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte. Berlin 1891.
Malblank: Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls des V. Nürnberg 1783.
Maurer: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824.
Meister: Vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Deutschland. Erster Band. Göttingen 1764.
Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren. Erster Teil. Heidelberg 1845.
Pufendorf: Introductio in processum criminalem Luneburgicum. Francofurti et Lipsiae 1732.
Saueracker: Wortschatz der peinlichen Gerichtsordnung Karls des V. Heidelberg 1929.
Savigny: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 1. Band. Heidelberg 1834.
Schmidt: In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung. Band 53. Weimar 1933: Die Carolina.
Schötensack: Der Strafprozeß der Carolina.. Leipzig 1904.
Schröder-v. Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Berlin und Leipzig 1932. 7. Aufl.
v. Schwerin: Die Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1934.
Stölzel: Die Entwicklung des gelehrten Richtertums. Stuttgart 1872.
Tittmann: Die Geschichte der deutschen Strafgesetze. Leipzig 1832.
Waitz: Deutsche Verfassungsgeschichte (Deutsche Reichsverfassung bis Mitte des 12. Jhds.) V—VIII. Kiel 1874—1878.
Zachariä: Handbuch des deutschen Strafprozesses, 1. Band. Göttingen 1861.
— —: In Archiv des Criminalrechts; Neue Folge, Zweiter Abschnitt, Jahrgang 1857, S. 85 ff.: Ueber die Schöffenverfassung nach der peinlichen Gerichtsordnung Karls des V. von 1532.
Zöpfl: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung und mit den Projekten der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von den Jahren 1521 und 1529. Leipzig und Heidelberg 1883.

Lebenslauf

Am 3. November 1913 bin ich in Ehingen (Donau) geboren. Meine Eltern sind der Volksschulrektor Rudolf Blankenhorn und dessen Ehefrau Eugenie geb. Hechler. Ich besuchte die Volksschule und anschließend das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt, an dem ich Ostern 1933 die Reifeprüfung bestand. Das Studium der Rechtswissenschaft begann ich in Tübingen und beendete es auch dort. Zwischendurch studierte ich ein Semester an der Universität Breslau. Am 25. September 1937 bestand ich beim Oberlandesgericht Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Vom 1. November 1937 an war ich zunächst beim Amtsgericht Ehingen (Donau) als Gerichtsreferendar tätig, z. Z. bin ich Regierungsreferendar beim Herrn Landrat in Reutlingen.

Rudolf Blankenhorn